كفاية النبيه
شرح التنبيه
في فقه الإمام الشافعي

تأليف

الإمام الفقيه أبي العباس نجم الدين أحمد بن محمد ابن الرفعة

المتوفى ٧١٠ هـ

ويليه

الهداية إلى أوهام الكفاية

تأليف

الإمام الشيخ جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي

المتوفى ٧٧٢ هـ

دراسة وتحقيق وتعليق

الأستاذ الدكتور مجدي محمد سرور باسلوم

الجزء الثامن عشر

المحتوى:

تتمة كتاب الحدود - كتاب الأقضية

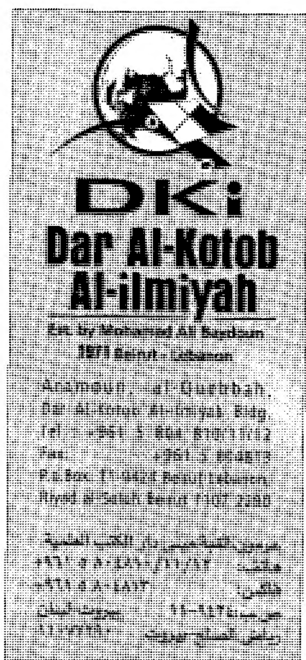
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales @al-ilmiyah.com baydoun@al-ilmiyah.com

Title : KIFĀYAT AL-NABĪH
ŠARḤ AL-TANBĪH

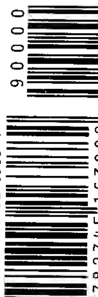
Classification: Shafeit jurisprudence
Author : Imām Najmuddīn Ibn al-Rifᶜah
Editor : Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm
Publisher : Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah
Pages : 10464 (20 volumes)+general glossary
Year : 2009
Printed in : Lebanon
Edition : 1st

الكتاب : كفاية النبيه
شرح التنبيه

التصنيف : فقه شافعي
المؤلف : الإمام ابن الرفعة
المحقق : د.مجدي محمد سرور باسلوم
الناشر : دار الكتب العلميـــة ـ بيروت
عدد الصفحات: 10464(20 جزءاً)+ الفهارس العامة
سنة الطباعة : 2009
بلد الطباعة : لبنان
الطبعة : الأولى



ISBN 978-2-7451-6388-2



بسم الله الرحمن الرحيم

باب أدب السلطان

السلطان: يؤنث ويذكر، لغتان مشهورتان، ولم يذكر ابن السكيت سوى التأنيث، وقد ذكرنا ذلك في الفرائض[1].

وهو مشتق من «السلاطة»، وهي النجدة والقهر.

وقيل: من «السليط» وهو الزيت؛ لأنه يستضاء به في دفع الظلم وتخليص الحقوق.

والمراد به هاهنا: الإمام الأعظم القائم بالخلافة[2] النبوية في حراسة الدين وسياسة الدنيا.

وقد اختلف في جواز تسميته: خليفة الله:

فجوزه بعضهم؛ لقيامه بحقوقه في خلقه، ولقوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى جَعَلَكُمْ خَلَٰٓئِفَ ٱلْأَرْضِ وَرَفَعَ بَعْضَكُمْ فَوْقَ بَعْضٍ دَرَجَٰتٍ﴾ [الأنعام: ١٦٥].

وامتنع جمهور العلماء من جواز ذلك، ونسبوا قائله إلى التجوز، وقالوا[3]: إنما يستخلف[4] من يغيب، والله -تعالى- لا يغيب ولا يموت، وقد قيل لأبي بكر [الصديق][5] -رضي الله عنه- [يا][6] خَلِيفَةَ اللهِ، فَقَالَ لَسْتُ بِخَلِيْفَةِ اللهِ، وَلَكِنِّي خَلِيْفَةُ رَسُولِ اللهِ، ﷺ[7].

---

(١) في أ: القراض.
(٢) في أ، د، ص: بخلافة.
(٣) في ص: وقال.
(٤) في ج: استخلف.
(٥) سقط في أ، د، ص.
(٦) سقط في د.
(٧) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٧/ ٤٣٣) برقم (٣٧٠٤٨)، وأبو بكر الخلال في السنة (١/ ٢٧٤) برقم (٣٣٤).

ولا شك في أن الإمامة رياسة تامة ورعاية[(١)] عامة تتعلق بالخاصة والعامة في مهمات الدين والدنيا، كما عليه حُرَمنا متضمنًا: حفظ الحوزة، ورعاية الرعية، وإقامة الدعوة بالحجة والسيف، وكف الجنف والحيف، والانتصاف للمظلومين من الظالمين، واستيفاء[(٢)] الحقوق من الممتنعين، وإيفاؤها على المستحقين، وهذه جمل يأتي تفصيلها.

قال: الإمامة فرض على الكفاية؛ لإجماع من أشرقت عليه الشمس شارقة وغاربة، واتفاق مذاهب العلماء قاطبة.

وقد رأى أصحاب رسول الله ﷺ البدار إلى نصب الإمام، وتركوا بسببه التشاغل بتجهيز رسول الله -ﷺ؛ مخافة أن يتغشاهم[(٣)] هاجمة، والمعنى فيه: أنه لو ترك الناس فوضى لا يجمعهم على الحق جامع، ولا يزعهم وازع، ولا يردعهم عن اتباع خطوات الشيطان رادع، مع تعين الأذى وتفرق الأهواء - لهلك [الأنام][(٤)]، وتوثب الطغاة والعوام، ونشبت الخصومات، واستحوذ على أهل الدين ذوو الغرامات.

وقد أشار الله -تبارك وتعالى- إلى ذلك في الكتاب المبين بقوله -تعالى- وهو أصدق القائلين: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ ٱللَّهِ ٱلنَّاسَ بَعْضَهُم بِبَعْضٍ لَّفَسَدَتِ ٱلْأَرْضُ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ ذُو فَضْلٍ عَلَى ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [البقرة: ٢٥١].

وقد حكي عن عبد الرحمن بن كيسان وكذا الأصم[(٥)]: أنه لا يجب نصب إمام[(٦)]، ويجوز ترك الناس أخيافًا، يلتطمون أسلافًا وأخلافًا[(٧)]. وهو[(٨)] مسبوق بالإجماع.

قال الإمام: وهذا الرجل -يعني: ابن كيسان- هجوم على [شق العصا][(٩)]، ومقابلة الحقوق بالعقوق، ولا يسمى إلا عند الانسلال عن ربقة الإجماع.

لكن هل وجب ما ذكرناه بالعقل [أو الشرع؟][(١٠)] فيه خلاف حكاه الماوردي، واستدل للأول بقول الأفوه الأودي وهو جاهلي:

لا يصلُحُ الناسُ فَوْضَى لا سَرَاةَ لهمْ ... ولا سراةَ إذا جُهَّالُهم سادوا

---

(١) في أ: وزعامة.
(٢) في أ، د، ص: واستنداء.
(٣) في د: يتغاشاهم.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: الإمام.
(٦) في ج: الإمام.
(٧) في أ، ج، د: واختلافًا.
(٨) في ص: وهم.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ص: والشرع.

وقد نسب الإمام هذا إلى شرذمة من الروافض، والقاضي في كتاب الجنايات إلى طائفة من المتكلمين.

والذي عليه جماهير الأمة: مقابله، وقد استدل له بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ مِنكُمۡۖ﴾ [النساء: ٥٩]، ففرض علينا طاعة أولي الأمر فينا وهم الأئمة [المتأمِّرون علينا][١]، وقد روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «سَيَلِيْكُم بَعْدِي [وُلَاةٌ][٢]، فَيَلِيْكُمُ البَرُّ بِبِرِّهِ، وَالفَاجِرُ بِفُجُوْرِهِ، فَاسْمَعُوا لَهُمْ وَأَطِيْعُوا فِي كُلِّ مَا وَافَقَ الحَقَّ، فَإِنْ أَحْسَنُوا فَلَكُمْ [وَلَهُمْ][٣]، وَإِنْ أَسَاءُوا فَلَكُمْ وَعَلَيْهِمْ»[٤].

فرع: إذا قام من فيه الكفاية بالإمامة سقط الفرض عن الباقين، وإن عرضت على [أكثرهم و][٥] أكملهم فلم يقبلها لم يجبر [عليها][٦]؛ لأنها عقد مراضاة واختيار لا يدخله الإكراه والإجبار، ويعدل عنه إلى من سواه من مستحقيها[٧]، كذا قاله الماوردي وغيره.

فإن امتنعوا ولم يقم بها أحد، قال الماوردي: خرج من الناس فريقان:

أحدهما: أهل الاختيار حتى يختاروا إمامًا للأمة.

والثاني: أهل الإمامة حتى ينتصب أحدهم.

وليس على من عدا هذين الفريقين من الأمة في تأخير الإمامة حرج ولا مأثم.

---

(١) في أ، ص: المأمورون علينا، وفي د: المتأمرون منكم.

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ص.

(٤) أخرجه الدارقطني (٢/ ٥٥) كتاب الصلاة، باب: من تجوز الصلاة معه والصلاة عليه، حديث (١). قال: حدثنا محمد بن هارون، ثنا: علي بن مسلم، ثنا: ابن أبي فديك، ثنا: عبد الله بن محمد بن يحيى بن عروة، عن هشام بن عروة، عن أبي صالح السمان، عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «سيليكم بعدي ولاة، فيليكم البر ببره والفاجر بفجوره، فاسمعوا له وأطيعوا فيما وافق الحق، وصلوا وراءهم، فإن أحسنوا فلكم ولهم، وإن أساءوا فلكم وعليهم» ومن طريقه أخرجه ابن الجوزي في «العلل» (١/ ٤٢٢) (٧١٧).

قلت: وفي إسناده عبد الله بن محمد بن يحيى بن عروة: قال ابن حبان في المجروحين (٢/ ١١): كان ممن يروي الموضوعات عن الأثبات، ويأتي عند هشام بن عروة ما لم يحدث به هشام قط، لا يحل كتابة حديثه ولا الرواية عنه.

قال ابن الجوزي (١/ ٤٢٤، ٤٢٥): ففي هذا الطريق عبد الله بن محمد بن يحيى، قال أبو حاتم الرازي: متروك الحديث.

(٥) سقط في أ، د.

(٦) سقط في أ، د، ص.

(٧) في ص: مستحقها.

قال: فإن لم [يكن من](١) **يصلح إلا واحد تعين عليه**، أي: الدخول فيها؛ لأن هذا شأن فروض الكفايات، ويلزمه طلبها، أي(٢): إن لم تعرض عليه؛ ليبرئ ذمته من فرضه.

قال: فإن(٣) **امتنع أجبر عليها**؛ لأنه حق عليه لا يقوم به غيره؛ فكان كالعبادة المتعينة.

قلت: وقد يعترض على هذا، فيقال: من شرط الإمام العدالة، وامتناعه فسق في هذه الحالة، فكيف يجبر؟ وجوابه: أن يقال: لعل الكلام مفروض فيما إذا كان الممتنع يرى عدم التعين(٤)، ورآه أهل الحل والعقد، أو رأى هو أيضًا ذلك، لكن لا نسلم أن مجرد الامتناع من ذلك يفسق به، كما ذكرنا في ولاية النكاح، والله أعلم.

قال: ولا تنعقد الإمامة: أي- وإن تعينت على واحد إلا بتولية الإمام قبله، أو بإجماع جماعة، أي: ذكورًا أحرارًا، من أهل الاجتهاد على التولية، أي: وقبوله(٥)، كما صرح به الإمام وغيره.

ووجه انعقادها بالطريق الأولى(٦): أن أبا بكر -رضي الله عنه- قال في وصيته: أَمَّا بَعْدُ، فَقَدِ اسْتَخْلَفْتُ عَلَيْكُمْ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ، فَإِنْ عَدَلَ وَبَرَّ فَذَاكَ ظَنِّي بِهِ، وَإِنْ غَيَّرَ وَبَدَّلَ فَالْخَيْرَ أَرَدْتُ، وَلَا يَعْلَمُ الغَيْبَ إِلَّا اللهُ تَعَالَى(٧). فأثبت الناس كلهم إمامته بعهده.

ثم كيفية ذلك - كما قال في «التهذيب»(٨)-: أن يجعله خليفة في حياته، ثم يخلفه بعد موته. وهذا أخذه من قول القاضي الحسين في «تعليقه». فإذا استخلف الإمام واحدًا في مرضه، خلفه [بعد موته فيما كان يتولاه؛ لأنه لما خلفه](٩) في حال العجز الأوهى، فلأن يخلفه في حالة العجز الأبدي أولى. وقالا: إنه لو أوصى له بالإمامة من بعده، ففيه وجهان؛ لأنه بالموت يخرج عن الولاية؛ فلا تصح منه لغيره تولية.

قال الرافعي: ولك أن تقول: هذا التوجيه يشكل بكل وصاية، ثم ما ذكره -يعني البغوي- من جعله خليفة في [حالة](١٠) حياته، إما أن يريد [به](١١) استنابته؛ فلا يكون هذا عهدًا إليه [بالإمامة، أو يريد جعله إمامًا في الحال، فهذا](١٢): إما خلع

(١) سقط في ج.
(٢) زاد في أ: من.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في د، ص: التعيين.
(٥) في د: وبقوله.
(٦) في د: الأول.
(٧) أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره (٩/ ٢٨٣٧) برقم (١٦٠٨٤).
(٨) في ج: المهذب.
(٩) سقط في ص.
(١٠) سقط في أ، ج، د.
(١١) سقط في أ، د، ص.
(١٢) سقط في د.

النفس أو اجتماع إمامين في وقت واحد، وكل منهما لا يجوز، [أو يريد][١] أنه يقول: جعلته خليفة [أو إمامًا][٢] بعد موتي، فهذا هو معنى الوصية، ولا فرق بينهما.

قلت: وكلام القاضي الذي حكيته يدل على إرادة المعنى الأول، وما قاله الرافعي من [أن][٣] هذا لا يكون عهدًا بالإمامة[٤]، يجوز أن يمنع[٥]، وعلى كل حال فلا بد من قبول من عهد إليه، وفي وقت قبوله خلاف: فمنهم من قال: يدخل بموت المولِّي؛ كما في الوصية، ووجهه الإمام بأن المولى صاحب العهد لا يملك أحكام الرعية[٦] والإمامة، ولا يستقل بالإنابة والسياسة، ما دام المولي العاهد حيًّا؛ فلا معنى للقبول في حال الحياة.

وصار صائرون إلى دخول وقته بعهد المولي [إلى موته][٧]، وقال الماوردي: إنه الأصح؛ لتنتقل الإمامة عنه إلى المولى مستقرة بالقبول المتقدم.

قال الإمام: وعلى [الخلاف][٨] المذكور يتخرج خلع المولى، فعلى الأول يجوز للعاهد عزله، وعلى الثاني يمتنع من غير سبب يقتضيه.

وقد جزم المتولي بالجواز مطلقًا، موجهًا [ذلك][٩] بأن الخلافة لم تنتقل إليه، فلا يخشى من تبديله فساد ولا فتنة.

وجزم الماوردي بالمنع مطلقًا [من غير سبب][١٠]، وهو ما رآه الإمام أظهر، وجعل الأمر شورى[١١] بعده بين اثنين فصاعدًا إلى عدد محصور؛ كالاستخلاف، إلا [أن][١٢] المستخلف غير متعين، فيتشاورون ويتفقون على أحدهم[١٣]، جعل عمر -رضي الله عنه- الأمر شورى في ستة، فقال: هذا الأمر إلى عليّ وبإزائه الزبير، وإلى عثمان وبإزائه عبد الرحمن بن عوف، وإلى طلحة وبإزائه أبو عبيدة بن الجارح، فلما خلوا للشورى بعد موت عمر، قال عبد الرحمن: اجعلوا أمركم إلى ثلاثة، فقال الزبير: جعلت أمري إلى [علي، وقال طلحة: جعلت أمري إلى عثمان، وقال أبو عبيدة: جعلت أمري إلى][١٤] عبد

---

(١) في د: ويريد.
(٢) في د، ص: وإمامًا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: بالولاية.
(٥) في ص: يتبع.
(٦) في أ: الزعامة، وفي ص: الرعاية.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ص.
(١٠) سقط في ج.
(١١) زاد في د: بينهم.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في ج: واحد.
(١٤) سقط في د.

الرحمن، [فقال عبد الرحمن:](١) أيكم يبرأ من هذا الأمر ويجعله إليه؟ فلم يجبه أحد، فقال: أتجعلوها إلي وأخرج [منها](٢) نفسي، والله شهيد(٣)، فقالا: نعم، فقال: قد فعلت. ثم بعد ذلك بايع عثمان(٤)، واتفقوا عليه. فلو امتنع أهل الشورى من الاختيار لم يجبروا عليه، [وكأنه](٥) ما جعل الأمر إليهم، وهذا هو المشهور.

[و](٦) في «البحر» في كتاب الوصية: أن بعض أصحابنا، قال: يعتبر [في](٧) تولية الإمام إمامًا رضا أهل الحل والعقد، ورضاهم: أن يعلموا به فلا ينكروه؛ كما علمت(٨) الصحابة في استخلاف عمر، وإن على هذا لو استخلف من لم يعلم به أهل الحل والعقد لم تنعقد إمامته. وقد حكاه في الإشراف - أيضًا - وحكاه الماوردي في «الأحكام» عن بعض علماء أهل البصرة.

والإمام في «الغياثي» نسب الخلاف إلى رواية بعض المصنفين، ورجح الأول، وقال: إنه الذي يجب القطع به، وعلى هذا: فلا فرق [بين](٩) أن يكون المولى ولد المولي، أو والده، أو أجنبيًّا كما اختاره [الإمام](١٠).

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ص.
(٣) في د: يشهد.
(٤) قوله: وجعل الأمر شورى بعده بين اثنين فصاعدًا إلى عدد محصور كالاستخلاف، إلا أن المستخلف غير متعين، فيتشاورون ويتفقون على أحدهم، جعل عمر -رضي الله عنه- الأمر شورى في ستة، فقال: هذا الأمر إلى علي وبإزائه الزبير، وإلى عثمان وبإزائه عبد الرحمن ابن عوف، وإلى طلحة وبإزائه أبو عبيدة بن الجراح، فلما جلسوا للشورى بعد موت عمر، قال عبد الرحمن: اجعلوا أمركم إلى ثلاثة منكم، فقال الزبير: جعلت أمري إلى علي، وقال طلحة: جعلت أمري إلى عثمان، وقال أبو عبيدة: جعلت أمري إلى عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: أيكم يبرأ من هذا الأمر ويجعله إليه؟ فلم يجبه أحد، فقال عبد الرحمن: أتجعلوها إلي وأخرج منها نفسي، والله شهيد؟ فقالا: نعم، فقال: قد فعلت، ثم بعد ذلك بايع عثمان. انتهى كلامه.
وما ذكره من أن أبا عبيدة من أهل الشورى وقع في تعليقة القاضي الحسين، فقلده فيه المصنف، وهو غلط عجيب، فإن أبا عبيدة قد مات قبل ذلك في خلافة عمر سنة ثماني عشرة في طاعون عمواس، وهي قرية بالشام بين الرملة وبيت المقدس ودفن بغور نيسان، ولهذا قال عمر: لو كان أبو عبيدة حيًّا ما عدلت بها عنه، وقد ذكر البخاري القصة، وذكر سعد بن أبي وقاص عوضًا عن أبي عبيدة، وكان سعد أحد العشرة حيًّا أيضًا، إلا أن عمر لم يدخله فيهم؛ لكونه ابن عمه. [أ و].
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ، د، ص.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ص: عملت.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في ص.

وقيل: لا يجوز التفويض للوالد والولد كالتزكية والحكم لهما.

وقيل: يجوز للوالد دون الولد؛ لأن الميل إليه أشد. ولهذا الفصل فروع [نذكرها في][(١)] آخر الباب، إن شاء الله تعالى.

ووجه انعقاد الإمام بالطريق [الثاني][(٢)]، وهو إجماع جماعة على التولية، كما ذكرنا-: أن إمامة أبي بكر -رضي الله عنه- هكذا ثبتت.

ثم المراد بأهل الاجتهاد: المستجمعون لشرائط الفتوى؛ لأن من جملة صفات الإمام: أن يكون مجتهدًا مفتيًا، ولا يحيط[(٣)] المجتهد المفتي [بالأمثلة][(٤)].

وعن القاضي أبي بكر بن الباقلاني في عُصَبٍ من المحققين: أنه لا يشترط ذلك، بل يكفي أن يكون ذا عقل وكيس وفضل، ويهدى إلى عظائم الأمور، وبصيرة متقدة بمن يصلح للإمامة. ولم يشترط استجماع الإمام له من الصفات؛ لأنه قد تمهد في قواعد الشعر أنا نكتفي في كل مقام بما يليق به من العلم: فيكفي في المقوم[(٥)] العلم بالأشعار والدربة التامة مع الكيس في صفات المقومات، ويقع الاجتزاء في القسام بمعرفة الحساب والمساحة وكيفية تعديل السهام، ويراعى[(٦)] في الخارص[(٧)] ما يقتضيه حاله، وفي الحكمين المنعوتين إلى الزوجين: أن يكونا عالمين بحقوق النكاح، وتفطنهما لعادات التعاشر، وإحاطتهما بما يدق. وهذا ما أورده الماوردي، وإن كان بغير هذا اللفظ مع اعتبار العدالة، وقال الإمام: إنه أقرب إلى التحقيق، واختار لنفسه مسلكًا سنذكره، والذي أورده القاضي الحسين: أنا إن اكتفينا في هذا العقد بواحد - كما سنذكره - فلا بد وأن يكون صالحًا للإمامة، وإن لم نكتف به فلا بد وأن يكون في الجماعة[(٨)] واحد صالح لها.

وما المراد بالجماعة التي تنعقد بهم الإمامة؟ اختلف[(٩)] فيه:

فقيل: هم جمهور أهل الحل والعقد من كل بلد؛ ليكون الرضا به عامًّا.

قال الماوردي: وهذا مذهب مدفوع ببيعة أبي بكر -رضي الله عنه- على الخلافة

---

(١) في ص: تذكر.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ص: يحط.
(٤) في أ، د، ص: إلا بمثله.
(٥) في ص: المفهوم.
(٦) في ص: ويرعى.
(٧) في ص: الحارس.
(٨) في أ، د، ص: العاقدين.
(٩) في ص: اختلفوا.

[باختيار][١] من حضرها، ولم ينتظر في التصرف من غاب عنها.

وقيل: هم [أهل الحل والعقد من العلماء والرؤساء ووجوه الناس، ولا يشترط اتفاق][٢] أهل الحل والعقد في سائر البلاد والأصقاع، بل إذا وصل الخبر إلى أهل البلاد البعيدة فعليهم الموافقة والمتابعة. قال القاضي الحسين: وهذا كما قلنا في الإجماع في الأحكام المجتهدات: «لا تنعقد إلا بإجماع أهل الحل والعقد [عليه][٣]»، يعني[٤]: معظمهم إذا لم يتصور اجتماعهم؛ لتفاحش ما بينهم من التباعد[٥]، وهذا أصح عند البغوي والرافعي، وقال تفريعًا عليه: إنه لا يتعين فيه عدد، بل يعلق الحل والعقد بواحد مطاع كَفَتْ بيعته لانعقاد الإمامة، وهذا سنذكره عن الإمام.

ثم قد يفهم من هذا القول اختصاص أهل البلد الذي[٦] توفي فيه الإمام بذلك، وليس كذلك كما صرح به الماوردي، لكن العرف اقتضاه؛ لسبق[٧] علمهم بموت الأول.

وقيل: هم أربعون؛ لأن عقد الإمامة أعظم ضررًا من عقد الجمعة، وهذا العدد معتبر في الجمعة؛ ففي البيعة أولى.

قال الإمام: وهذا قول من لا يعد من أحزاب الأصوليين.

وحكى القاضي الحسين [على][٨] هذا القول وجهين في أن الذي ذكرنا اعتبار شرائط الإمام فيه، هل يعتبر وراء الأربعين أو يكون من جملة الأربعين - كالوجهين في الإمام في الجمعة، وحكاهما البغوي أيضًا.

وقيل: هم خمسة، ولا تنعقد بما دونهم؛ لأمرين:

أحدهما: أن أبا بكر انعقدت إمامته بخمسة: عمر وأبي عبيدة بن الجراح وأسيد ابن حصين وبشير بن سعد وسالم مولى أبي حذيفة.

والثاني: أن عمر جعل الشورى [في ستة][٩]؛ لتعقد لأحدهم برضا الخمسة؛ قال

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ، د، ص: أنه.
(٥) في ج: البعد.
(٦) في د، ص: التي.
(٧) في د: لنبين.
(٨) سقط في ج.
(٩) في ج: لسنة.

الماوردي: وهذا قول أكثر الفقهاء والمتكلمين من أهل البصرة.

وقيل: هم أربعة؛ لأنهم أكمل نصاب الشهادات.

وقيل: هم ثلاثة يتولاها أحدهم برضا الاثنين؛ ليكون حاكمًا وشاهدين؛ كما يصح عقد النكاح بولي وشاهدين، وهذا قول آخرين من علماء الكوفة.

قال بعضهم: وعلى هذا يدل كلام الشيخ؛ لأنه أقل ما ينطلق عليه اسم الجماعة، وفيه نظر؛ لأن أقل الجماعة اثنان؛ كما قاله الشيخ في باب صلاة الجماعة، ونطق به النبي -ﷺ. نعم، كلامه بهذا الاعتبار يوافق قول من ادعى أن الإمامة تنعقد باثنين.

وقيل [:إنها](١) تنعقد بواحد؛ لأن العباس قال لعليٍّ: امْدُدْ يَدَكَ أُبَايِعْكَ(٢)، فيقول الناس: عم رسول الله ﷺ بايع ابن عمه(٣)؛ فلا يختلف عليك اثنان. وهذا ما حكاه العمراني في «الزوائد» عن(٤) القاضي في كتاب الجنايات(٥)، وقد حكاه الماوردي مع قول من قال: إنها تنعقد بثلاثة كما تقدم، وحينئذ فيرجع حاصل القولين إلى أن الإشهاد عند عقد الواحد هل هو شرط أم لا؟ [وقد حكي عن «البيان» حكاية وجهين في أن حضور شاهدين هذا العقد، هل هو شرط أم لا؟](٦)

وقال الإمام: إن الأئمة [كما](٧) اختلفوا في عدد العاقد اضطربوا في اشتراط حضور الشهود، فرأى بعضهم: أن الإمامة تنعقد سرًّا بعقد من هو من أهل الحل والعقد، وزيف القاضي هذا المذهب، وتناهى مبالغًا في الرد على معتقده، وسلك مسلك القطع فيما زعم، وقال: إن(٨) عمر لو استخلى بالبيعة لأبي بكر لما استقرت الإمامة(٩)، وأن على هذا قد اختلف الصائرون إليه، فاكتفى بعضهم بحضور(١٠) شاهدين كعقد النكاح، وقال القاضي: لا يكتفَى بهما بل يشترط حضور قوم يحصل بحضورهم الإشاعة والنشر والإذاعة.

وحكى العمراني عن القاضي أنه قال: إذا اعتبرنا شاهدين، فعندي أنه يشترط عدالتهما ظاهرًا وباطنًا، بخلاف النكاح؛ لأن في اعتبار العدالة الباطنة في النكاح

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: لأبايعك.
(٣) في ج: عم رسول الله ﷺ.
(٤) زاد في ص: كتاب.
(٥) في ج، ص: الجبايا.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ص.
(٨) في د: ابن.
(٩) في ج: البيعة.
(١٠) في د: بحضورها.

مشقة؛ لأنه يعقده آحاد الناس فلو كلفناهم ذلك شق عليهم.

وقد حكى الإمام قول من قال: إنها تنعقد بواحد -أيضًا- وقال: إن القاضي أبا بكر ارتضاه، وهو المنقول عن شيخنا أبي الحسن، وإنه أقرب المذاهب، ووجهه بأن الإجماع ليس شرطًا في هذا العقد إجماعًا[١]، ثم لم يثبت توقيف في عدد مخصوص، وليس بعض الأعداد أولى من بعض؛ فلزم[٢] المصير إلى الاكتفاء بالواحد؛ لأن العقود في الشرع يتولاها عاقد واحد، وكلام القاضي يشير إلى أن هذا مقطوع به، ولست أراه بالغًا مبلغ القطع؛ فإن أبا بكر -رضي الله عنه- لما بايعه عمر -رضي الله عنه- لو ثار ثائرون، وأبدوا صفحة الخلاف، ولم يرضوا[٣] تلك البيعة - لما كنت أجد متعلقًا في أن الإمامة كانت تستقل ببيعة واحد، وكذلك لو فرضت بيعة اثنين أو أربعة[٤] فصاعدًا، وقدرت[٥] ثوران مخالفين لما وجدت متمسكًا به اكتراث واحتفال في قاعدة الأمة[٦]، ولكن لما بايع عمر تبايعت الأيدي، واصطفت[٧] الأكف، واتسعت الطاعة، وانعقدت الجماعة، فالوجه عندي في ذلك: أن يعتبر في البيعة حصول مبلغ من الأتباع والأنصار والأشياع يحصل بهم شوكة ظاهرة وبيعة قاهرة[٨]، بحيث لو فرض ثوران خلاف لما غلب على الظن أن يصطلم أتباع الإمام، فإذ ذاك تثبت الإمامة وتستقر، ومما يدل على ذلك اتفاق العلماء قاطبة على أن رجلًا من أهل الحل والعقد لو استخلى بمن يصلح للإمامة، وعقد له البيعة؛ لم تثبت[٩] الإمامة إلا أن يكون الواحد مطاعًا في قومه كثير الأتباع [بحيث يفيد أتباعه ما ذكرناه.

قال: ولأجل هذا لم أر أن يكون العاقد للإمامة][١٠] مجتهدًا، [ولكني أشترط][١١] أن يكون المبايع ممن يفيد مبايعته مُنَّةً واقتهارًا، ووجه امتناع انعقاد الإمامة بغير الطريقين المذكورين: التمسك بالأصل في عدم وجود ما يصلح دليلًا له، وقد اتبع

---

(١) في ج: بإجماع.
(٢) في أ: فوجب.
(٣) في ص: يرتضوا.
(٤) في أ، ج، د: أربع.
(٥) في أ: أو قدرت.
(٦) في ج: الإمامة.
(٧) في أ: واصطفقت.
(٨) في د: ظاهرة.
(٩) زاد في ص: له.
(١٠) سقط في ص.
(١١) في د: ولكن يشترط.

الشيخ -فيما ذكرناه- صاحب «الحاوي» في الأحكام؛ فإنه هكذا حصر الانعقاد بالأمرين، وتبعهما في ذلك صاحب «المرشد» أيضًا.

وقد قال غيرهم: إنه ينعقد بأمر آخر وهو القهر والشوكة، فإذا اجتمع[(١)] في شخص شرائطها، وكانت له شوكة، ولم يكن ثَمَّ إمام، فقهر الناس وحملهم على طاعته - انعقدت له الإمامة كإمامة معاوية، وعلى ذلك جرى القاضي الحسين [والرافعي][(٢)]، وأشار ابن يونس إلى خلاف فيه؛ حيث قال: انعقدت له الإمامة على الصحيح من المذهب [، وللإمام تلويح إليه مع تفصيل فيه][(٣)]. نعم، الخلاف المشهور [في][(٤)] انعقادها له إذا كان فاسقًا أو جاهلًا، والظاهر: الانعقاد - أيضًا - وإن كان عاصيًا بما فعله، والفرق بين انعقاد الإمامة بهذا الطريق وبين انعقادها بأحد الطريقين السابقين: أنه لو تغلب[(٥)] متغلب على هذا الذي انعقدت إمامته بالتغلب، انعقدت إمامة الثاني، وانعزل الأول بلا خلاف، بخلاف من انعقدت إمامته بأحد الطريقين السابقين كما سنذكره.

وقد حكى الماوردي عن بعض فقهاء العراق والمتكلمين ثبوت الإمامة لمن تعينت عليه من غير عقد عاقد، وتحمل الأمة على طاعته؛ لأن مقصود الاختيار تَمَيُّز المُوَلَّى وهذا متميز، وقد اختار الإمام هذا.

والذي قاله جمهور الفقهاء والمتكلمين: الأول.

قال: ولا يجوز أن يَعقد لاثنين في وقت واحد، أي: في بلدين وإن تباعدتا وانتشر الإسلام حتى عم الأرض [شرقها وغربها][(٦)]، كما قاله القاضي الحسين، ووجهه: أن الأصل في الإمامة نبوة النبي ﷺ، ولا يجوز التمسك بشريعة غير شريعته لمن بلغته الدعوة؛ فكذلك لا يجوز لأحد أن يطيع إمامين، ولأن في تعدد الأئمة اختلال أمور المسلمين، وافتراق الكلمة؛ لأنه قلما يتفق رأي شخصين؛ فلم يجز أكثر من إمام واحد؛ لتكون كلمة الإسلام مجتمعة. وتخالف جواز تولية قاضيين في بلد واحد على الشيوع على أحد الوجهين -كما سنذكره - فإن الإمام وراء القضاة، فإن فرض تنازع

---

(١) في أ، د، ص: استجمع.
(٢) في أ: والإمام والرافعي تلويح إليه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: فعل.
(٦) في ج: شرقًا وغربًا.

وتمانع بين واليَيْن[1] كان وراء المسلمين مرجوع إليه، وأما الإمامة فهي الغاية القصوى، وليس بعدها مرجوع[2] إليه ومتبوع؛ فاستحال نصب إمامين نافذي الحكم عمومًا، وهذا ما جزم به القاضي الحسين.

وحكى الماوردي عن قوم [شذوا: أنهم يجوزون][3] ذلك في مثل هذه الحالة، وحكي عن أبي القاسم الصيمري: أنه حكى ذلك في الغنية[4] عن الأستاذ أبي إسحاق؛ لأنه قد يحدث في أحد الإقليمين ما يحتاج إلى نظر الإمام، ويفوت المقصود بسبب البعد، قال الرافعي [وغيره][5]: وينسب هذا إلى اختيار الإمام، وصرح به ابن يونس عنه، وقال: إنه خطأ؛ لأنه مسبوق بالإجماع على أنه لا يجوز.

وفي «الإشراف»: أن الأستاذ أبا إسحاق جوز ذلك في حالة واحدة؛ كالقضاء والبنوة: ولم يخص ذلك بحالة التباعد.

والذي حكاه الإمام في «الغياثي» في حالة اتساع الخطة، ووقوع قوم من الناس نبذة من الدنيا؛ بحيث لا ينتهي إليهم نظر الإمام، وتولج خط من بلاد الكفر بين خطة الإسلام - أن صائرين صاروا إلى نصب إمام في القطر الذي لا يبلغه أثر نظر الإمام، وعزى هذا المهذب إلى شيخنا أبي الحسن والأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني وغيرهما، واتبع هؤلاء مصلحة الخلق.

ثم قال: وأنا أقول: إن سبق عقد الإمامة لصالح لها، وكنا[6] نراه عند العقد مستقلًّا بالنظر في جميع الأقطار، ثم ظهر ما يمنع من إثبات نظره - فلا وجه لترك الذين [لا][7] يبلغهم أمر الإمام مهملين، ولكنهم ينصبون أميرًا يرجعون إليه، ولا يكون ذلك المنصوب إمامًا. ولو زالت الموانع، واستمكن الإمام من النظر [إليهم][8] - أذعن الأمير والرعايا للإمام، فإن رأى تقرير الأمير[9] فعل، وإن رأى تغييره فرأيه متبع. وإن لم يتقدم نصب إمام، وخلا الدهر عن إمام في زمن فترة، وانفصل شطر من الخطة عن شطر، وعسر نصب إمام واحد يشمل رأيه البلاد والعباد؛ فنصب في أحد

---

(١) في ج: إمامين.
(٢) في د: رجوعًا، وفي ص: مرجعًا كذا.
(٣) في أ، د: أنهم شذوا فجوزوا، وفي ص: أنهم شذوا فحكوا.
(٤) في د: التنبيه.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د: ولكنا.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في د، وفي أ: لهم.
(٩) في ج: الأمة، وفي ص: الأمر.

الشطرين في هذه الصورة أمير، وفي الأخرى أمير، ولم يوقع العقد لواحد على العموم - فالحق المتبع[١] في ذلك: أن واحدًا منهما ليس إمامًا، ولست أنكر تجويز نصبهما على حسب الحاجة ونفوذ أمرهما على موجب الشرع[٢]، ولكنه زمان خال عن إمام، ثم إن اتفق نصب إمام فحق على الأميرين أن يستسلما له؛ ليحكم عليهما بما يراه صلاحًا[٣].

قال: فإن عقد لاثنين فالإمام هو الأول؛ لما روى [أبو هريرة][٤] أن النبي ﷺ قال: «فوا بيعة الأول فالأول، وأعطوا حقه؛ فإن الله -تعالى- سائلهم ما استرعاهم»، وروى أبو سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا بُوْيِعَ لِخَلِيْفَتَيْنِ فَاقْتُلُوا الآخِرَ مِنْهُمَا»[٥]، قال القاضي الحسين: وروي: «فَأَقِيلُوا» بالياء.

والمعنى - كما قال الخطابي[٦] -: لا تطيعوه، ولا تقبلوا له قولًا؛ فيكون كمن مات أو قتل، [وقيل:][٧] المعنى أنه [إن][٨] أصر ولم يبايع الأول؛ فهو باغ فيقاتل، ولأن المعقود عليه لا يقبل غير عقد واحد؛ فصح الأول وبطل الثاني كما في النكاح.

وحكى الماوردي عن طائفة أنهم قالوا: الإمام هو الذي عقدت له الإمامة في البلد الذي مات فيه من تقدمه، وعن آخرين: أنه يجب على كل واحد [منهما][٩] أن يدفع الإمامة عن نفسه، ويسلمها لصاحبه؛ طلبًا للسلامة؛ ليختار أهل الحل والعقد غيرهما، وعن آخرين: أنه[١٠] يقرع بينهما، والصحيح الذي عليه الفقهاء المحققون الأول.

قال: وإن عقد لهما معًا، أو لم يعلم السابق[١١] منهما - استؤنفت التولية؛ إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وهذا ما حكاه الإمام في «الغياثي»، ووافقهما في حالة وقوعهما معًا غيرهما، وفي هذه الحالة يجوز العقد لأحدهما ولغيرهما، وفي الحالة

---

(١) في أ: متبع.
(٢) في د: الشيوع.
(٣) في د: إصلاحًا.
(٤) سقط في ج.
(٥) أخرجه مسلم (٣/ ١٤٨٠) كتاب الإمارة، باب: إذا بويع لخليفتين (٦١/ ١٨٥٣).
(٦) في ص: الحناطي.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في ص: أن.
(١١) في التنبيه: الأول.

الأخرى وافقهما -أيضًا- القاضي في كتاب الجبايا كما حكاه في «الزوائد».

وقال الماوردي: إنه يوقف الأمر إلى أن ينكشف الحال، ولا مدخل للقرعة فيه؛ لأن الإمامة عقد، والقرعة لا مدخل فيها في العقود، ولأن الإمامة لا يجوز الاشتراك فيها، والقرعة لا مدخل لها فيما لا يصح الاشتراك فيه؛ كالمناكح، ولا يسمع فيها دعوى أحدهما على الآخر [أنه السابق][١]؛ فلا يكون ليمينه ولا لنكوله حكم، وكذا لو قطعا التنازع فيها[٢] وسلمها أحدهما إلى الآخر لم تستقر إمامته إلا ببينة تشهد بتقدمه[٣]، ولو أقر أحدهما بالتقدم [للآخر خرج منها المقر ولم تستقر للآخر. نعم، لو شهد له بالتقدم][٤] مع شاهد آخر سمعت شهادته إن ذكر اشتباه الأمر عليه عند التنازع، ولم يسمع منه إن لم يذكر الاشتباه؛ لما في القولين من التكاذب.

ثم إذا طالت مدة الاشتباه، ولم يمكن الانتظار - قال الماوردي: بطلت البيعتان، وتستأنف بيعة لأحدهما[٥].

وفي جواز العدول إلى غيرهما خلاف، ووجه المنع: أن البيعة لهما قد صرفت الإمامة عمن عداهما.

ولو أمكن وقوع البيعتين معًا، وتقدم أحدهما[٦]، وأشكل - قال الرافعي: [فليكن][٧] كما ذكرنا في الجمعتين والنكاحين.

وفي «الزوائد»: أنا نحكم ببطلانهما.

ولو علم السابق ثم نسي، قال القاضي في كتاب الجبايا: فإن جوزنا انكشافه في مدة[٨] يوم أو يومين أو ثلاثة، جاز الانتظار؛ اقتداء بوصية عمر -رضي الله عنه- في الشورى، وإن لم نرج ذلك استؤنفت.

قلت: وينبغي أن [تكون مدة الانتظار في المسألة][٩] السابقة هكذا.

قال: وينبغي أن يكون الإمام ذكرًا؛ لأن المرأة لا تلي الإمامة الخاصة بالرجال، فكيف الإمامة العامة التي تقتضي البروز وعدم التخدر الذي المرأة مأمورة بخلافه،

---

(١) في أ: لأنه الأسبق، وفي ص، د: أنه الأسبق.
(٢) في أ: فيهما.
(٣) في ج: بتقديمه.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: أحدهما.
(٦) في أ، د، ص: إحداهما.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، د، ص: بمدة.
(٩) في د: يكون الانتظار في المدة.

وقد روى أبو بكرة(١) -رضي الله عنه- عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَّوْا أَمْرَهُمُ امْرَأَةً»(٢).

قال الإمام: ومن جوز من العلماء تصدي المرأة للقضاء [فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه أحال(٣) انتصاب المرأة للإمامة، فإن القضاء] قد يثبت مختصًّا، والإمامة يستحيل في(٤) وضع(٥) الشرع ثبوتها(٦) على الاختصاص.

والخنثى المشكل -في هذا المقام- في معنى المرأة.

قال: حرًّا؛ لأن حجر الرق إذا نافى الولايات الخاصة، فلأن ينافي [الولايات العامة](٧) أولى، ولأن العبد لا يهاب ولا يكاد يتفرغ.

قال: بالغًا عاقلًا؛ لأن الصبي والمجنون إذا لم يصلحا للنظر في أمر أنفسهما فكيف بك في أمر غيرهما، وهذا متفق عليه، ومجموع(٨) لفظ هذين الوصفين لفظ «التكليف».

قال: عدلًا، أي: ليس بفاسق، وقد يعبر عن هذا الوصف بالورع والتقوى والأمانة(٩) كما فعله الإمام، ووجهه: أن الفاسق لا يوثق به في شهادة على فلس، فكيف يولى أمور المسلمين كافة؟!

قال الإمام في «الغياثي»: والأب الفاسق مع فرط حنوه وإشفاقه على ولده، لا يعتمد في مال ولده، فكيف يؤتمن في الإمامة العظمى فاسق لا يتقي الله؟!

وقد جمع الماوردي ما ذكرناه في قوله: أن يكون متصفًا بالعدالة على شروطها الجامعة.

---

(١) في د: أبو بكر.

(٢) أخرجه البخاري (٧/ ٧٣٢) كتاب «المغازي»، باب: «كتاب النبي ﷺ إلى كسرى وقيصر» برقم (٤٤٢٥)، والترمذي (٤/ ٥٢٧) كتاب «الفتن»، باب: (٧٠) برقم (٢٢٦٢)، والنسائي (٨/ ٢٢٧) كتاب «آداب القضاة»، باب: «النهي عن استعمال النساء في الحكم»، وأحمد (٥/ ٣٨، ٤٣، ٤٧، ٥٠)، والبيهقي (٣/ ٩٠) كتاب «الصلاة»، باب: «لا يأتم رجل بامرأة»، والحاكم (٤/ ٢٩١)، (٣/ ١١٨، ١١٩) وابن حبان (١٠/ ٣٧٥) برقم (٤٥١٦).
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي. وهذا وهم منهما فقد أخرجه البخاري كما بينا.

(٣) في ص: أجاز.

(٤) في ج: ثم.

(٥) في د: موضع.

(٦) في أ: ثبوته.

(٧) في أ، ج، د: الولاية الكبرى.

(٨) في أ، د: ومجمع، وفي ص: ويجمع.

(٩) في أ، ج، د: والإمامة.

قال: عالمًا بالأحكام. أراد بهذا أن يكون مجتهدًا لا مقلدًا؛ لأن معظم أمور الدين تتعلق بالأئمة، فلو لم يكن الإمام مستقلًّا بعلم الشريعة لاحتاج إلى مراجعة العلماء في تفاصيل[١] الوقائع، وذلك يخرجه عن رتبة الاستقلال، ويفوت من الأمور العظام والخطوب الجسام ما لا يتناهى ولا يخطر بالبال.

وقد يفهم من كلام القاضي الحسين: أن ذلك ليس بشرط؛ حيث قال: لو اجتمع عالم فاسق وعدل جاهل، فالعدل الجاهل أولى؛ لأنه يمكنه حفظ الإمامة.

ثم ما[٢] يعرض له من الحوادث التي يحتاج فيها إلى الاجتهاد يفوضها إلى مجتهد من العلماء يكفيه ذلك، ويستشير العلماء، فما[٣] وقع الاتفاق عليه يعمل[٤] [به ويمضي][٥] الحكم فيها بنفسه، [وليس][٦] كذلك؛ فإن هذا مفروض -كما ذكره الإمام- عند فقد من يوجد من أهل الاجتهاد.

ثم في هذا الوصف ما يغني عن ذكر الإسلام وإن كان معتبرًا، كما صرح به غيره.

وقال بعض الشارحين: إن الشيخ لم يذكره؛ لأن الاجتهاد في الأحكام الشرعية لا يتصور من كافر.

قال: كافيًا لما يتولاه من أمور الرعية وأعباء الأمة؛ لتوقف المقصود منه على ذلك.

والأعباء -بفتح الهمزة وبالعين [المهملة، وبالمد-: الأحمال والأثقال، واحدها: عبء؛ كحمل وأحمال][٧]، وزنًا ومعنى.

وقد أدرج الشيخ في هذا الوصف أوصافًا صرح بها غيره:

منها: أن يكون ذا رأي صحيح مفض إلى سياسة الرعية، وتدبير المصالح؛ إذ الغرض من الإمام جمع شتات[٨] الرأي؛ فإنه لا ينتظم مع تفرقه تدبير، ولا يستتب من إنالة الملك قليل ولا كثير.

وقد قيل:

---

(١) في ص: تفصيل.
(٢) في أ: مهما.
(٣) في أ، د، ص: فيما.
(٤) في ص: ويعمل.
(٥) في د: وهو يمضي.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في د.
(٨) في ج: سياسات.

الرأي قبل شجاعة الشجعان ....[(١)]

ومنها: أن يكون شجاعًا؛ ليغزو بنفسه، ويعالج[(٢)] الجيوش، ويقوى على فتح الحصون، ويدفع الأعداء[(٣)]؛ فالجبانة تفضي إلى اصطلام الحوزة واستئصال البيضة.

ومنها: أن يكون سميعًا بصيرًا ناطقًا؛ ليتأتى منه فصل الأمور ومباشرة ما يدرك بها.

قال المتولي: ولا يشترط سلامة سائر الأعضاء من نقص يمنع من استيفاء الحركة وسرعة النهوض.

وقد عدَّ الماوردي سلامة الأعضاء من نقص يمنع ذلك شرطًا من جملة الشروط، وحكى خلافًا في فقد شيء يحصل به قبح وشين، ولم يؤثر في عمل ولا نهضة: كجدع الأنف، وسمل إحدى العينين، وجزم في «البحر» [في كتاب الأقضية][(٤)] بمنع ولاية الأعور، مع جزمه بصحة توليته القضاء.

قال الإمام: وقد يمكن رد هذه الصفات -يعني المذكورة من الأول إلى هنا- إلى شيء واحد وهو الاستقلال؛ فإنه يدخل تحته الكفاية والعلم والورع والتكليف والحرية، وكذا الذكورة؛ فإن المرأة مأمورة بأن تلزم خدرها، ومعظم أحكام الإمام تستدعي[(٥)] الظهور والبروز؛ فلا تستقل المرأة إذًا.

قال: وأن يكون من قريش؛ لورود النص فيه، وانعقاد الإجماع عليه.

قال الماوردي: ولا اعتبار بصيانة، فجوزها في جميع الناس؛ لأن أبا بكر احتج[(٦)] يوم السقيفة على الأنصار في دفعهم عن الخلافة[(٧)]، لما بايعوا سعد بن عبادة عليها، بقول النبي ﷺ: «الْأَئِمَّةُ مِنْ قُرَيْشٍ»[(٨)]؛ فأقلعوا [عن التفرد بها، ورجعوا][(٩)] عن المشاركة فيها حين قالوا: منا أمير [ومنكم أمير؛][(١٠)] تسليمًا لروايته، وتصديقًا لخبره،

---

(١) صدر بيت للمتنبي وعجزه:
.... هو أول، وهي المحل الثاني
وتقدم تخريجه.
(٢) في ص: ويجالد.
(٣) في ص: الدعوى.
(٤) سقط في ج.
(٥) زاد في ج: على.
(٦) زاد في ص: في.
(٧) في أ: الخلاف.
(٨) تقدم.
(٩) في ج: عنها وارجعوا.
(١٠) سقط في ج.

ورضوا بقوله: نحن الأمراء وأنتم الوزراء.

وقال ﷺ: «قَدِّمُوا قُرَيْشًا وَلَا تَقَدَّمُوهَا»[١].

وقد استدل الإمام لذلك مع الخبر - بأن الماضين ما زالوا لاهجين باختصاص هذا المنصب بقريش، ولم يتشوف أحد قط من غير قريش إلى الإمامة على تمادي الأيام[٢] وتطاول الأزمان، مع العلم بأن ذلك لو كان ممكنًا لطلبه ذوو النجدة والبأس، ولما اشرأب لهذا المنصب المارقون في فسطاط مصر اعتَزَوْا أولًا إلى الشجرة النبوية على الافتراء[٣]، وبذلوا خزائن الأموال للكذابين النسابين، حتى ألحقوهم بصميم النسب. ثم قال: ولسنا نعقل احتياج الإمامة في وضعها إلى النسب، ولكن خص[٤] الله -تعالى- هذا المرتب[٥] العلي السني بأهل بيت النبي ﷺ وكان ذلك من فضل الله يؤتيه من يشاء.

وقد نسب بعضهم إلى الإمام احتمالًا في عدم اعتبار كونه من قريش، والذي وقفت عليه من كلامه ما ذكرته.

والقاضي الحسين، قال: الشرط في الإمامة أن يكون من قرابة رسول الله -ﷺ، ثم من كان أقرب إلى رسول الله ﷺ كثيرًا، كان أولى بالإمامة؛ فالهاشمي أولى، فإن لم يوجد أحد من بني هاشم صالحًا [لها][٦] فمن قريش، وهذا يكاد يرد عليه الإجماع؛ فإن أبا بكر وعمر وعثمان -رضي الله عنهم- لم يكونوا من بني هاشم وبني المطلب، وعليّ من بني هاشم، وقد قُدِّموا عليه.

ثم هل يراعى مع وجود الأوصاف المعتبرة الأكمل أو لا؟ [ولا][٧] شك في أن الأكمل أولى، لكن لو بويع المفضول، فهل تنعقد إمامته؟ فيه خلاف حكاه الإمام في كتاب الأقضية:

الذي[٨] أورده الماوردي: أنه إن كان ذلك لعذر دعا إليه من كون الأفضل غائبًا أو مريضًا، أو كون المفضول أطوع في الناس وأقرب إلى القلوب - انعقدت، وإن بويع لغير عذر، فقد اختلف [في][٩] الانعقاد.

---

(١) تقدم.
(٢) في أ، ص: الآماد.
(٣) في ص: الاجتراء.
(٤) في أ، د، ص: خصص.
(٥) في د: الترتب.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في د، ص.
(٨) في أ: والذي.
(٩) سقط في أ.

والذي عليه الأكثرون من الفقهاء والمتكلمين: الانعقاد؛ لأن زيادة الفضل مبالغة في الاختيار، وليست معتبرة في شروط الاستحقاق.

ولا خلاف في أنه لو لم تتفق الكلمة إلا عليه، في الجواز؛ لتنحسم مادة الفتنة، وكذا لو نشأ من هو أفضل من الإمام المنصوب [لم يعزل المنصوب][١] به.

ثم الأكمل عند الاستواء في الشرائط[٢]: الأسنُّ. ولو كان أحدهما أعلم والآخر أشجع، قال الماوردي: روعي ما يوجبه حكم الوقت: فإن كانت الحاجة إلى فضل الشجاعة أدعى كان الأشجع أحق، وإن كانت الحاجة إلى [فضل العلم][٣] أدعى؛ لسكون الدهماء وظهور أهل البدع؛ كان الأعلم أحق.

قال: فإن اختل شرط من ذلك لم تصح توليته؛ لقيام الأدلة على اعتبارها، وهذا ما [اقتضاه كلام][٤] الماوردي -أيضًا- وظاهره: أنه لا فرق [في ذلك][٥] بين أن يكون المفقود النسب أو غيره.

وقد حكى القاضي الحسين وجهًا: أنها إذا عقدت لفاسق انعقدت؛ لأنهم لما فوضوا الأمر إليه وعقدوا له الإمامة رأوه[٦] أهلًا [لها][٧]، ونظرًا للمسلمين فيها، فلم يُرَدّ اجتهادهم، وحكم بالانعقاد. وفيه -أيضًا-: أنا إذا عدمنا قرشيًّا بالصفات المذكورة، عدلنا إلى كنانة؛ لقوله عليه السلام: «إِنَّ اللهَ - تَبَارَكَ وَتَعَالَى - اصْطَفَى مِنَ العَرَبِ كِنَانَةَ، وَمِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا، وَمِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ، فَأَنَا [خِيَارٌ][٨] مِنْ خِيَارٍ إِلَى خِيَارٍ»[٩]، أو لفظ هذا معناه.

فإن لم يوجد واحد منهم فمن جرهم، وهم الذين ربوا إسماعيل -عليه السلام- بمكة، وتزوج منهم كما قاله غيره، وتعلم اللسان منهم [، وأولاده منهم][١٠].

وقال غيره: إنه إذا لم [يوجد كناني][١١] فرجل من ولد إسماعيل، فإن لم يكن

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: الشروط.
(٣) في ص: أعلم.
(٤) في ج: ادعاه.
(٥) سقط في أ، ج، د.
(٦) في أ: ولوه.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في أ، ج، د.
(٩) أخرجه أحمد (٤/ ١٠٧)، والترمذي (٥/ ٥٨٣) كتاب المناقب، باب: في فضل النبي ﷺ برقم (٣٦٠٥) من حديث واثلة بن الأسقع رضي الله تعالى عنه.
قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في د: توجد كنانة.

فمن جرهم، فإن لم يوجد فرجل من نسل إسحاق -عليه السلام- وهذا ما أورده المتولي.

[وفي][١] «التهذيب»: أنه إذا لم يوجد [أحد][٢] من ولد إسماعيل تولى رجل من العرب[٣].

قال الرافعي: ولك أن تقول: قريش ولد النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة، وكما قالوا: إذا لم يوجد قريشي ولي كناني[٤]، فهلا قالوا: إذا لم يوجد كناني ولي[٥] مخزومي، وهكذا تترقى[٦] إلى أب بعد أب حتى تنتهي إلى إسماعيل، عليه السلام!

قلت: هذا [هو][٧] الذي اقتضاه كلام القاضي، حيث قال: [أولًا: الشرط أن يكون قرابة رسول الله ﷺ [ثم][٨] من كان أقرب][٩] إلى رسول الله ﷺ كثيرًا كان أولى بالإمامة، ولا شك أن أولاد خزيمة أقرب إليه كثيرًا من أولاد إسماعيل وجرهم، وحينئذ فيكون ما ذكروه تمثيلًا ليقاس عليه لا ليقتصر[١٠] الحكم عليه. لكن على كلام القاضي ما ذكرته أولًا.

وقد أطلق الإمام القول: بأنا إذا عدمنا قرشيًّا متصفًا بالصفات المذكورة، نصبنا من وجدناه عالمًا كافيًا ورعًا، وكان إماما ينفذ الأحكام على الخاص والعام. نعم، قد ذكرنا أن القرشي لو ولي، ثم حدث بعده من هو أفضل منه، وراعينا الأفضل - لا نخلعه لوجود الفاضل. ولو نصبنا هاهنا من ليس قرشيًّا للعدم، ثم نشأ في الزمان قرشي على الصفات[١١] المطلوبة: فإن عسر خلع من ليس بقرشي[١٢] أقررناه، وإن لم يتعذر خلعه فالوجه عندي تسليم الأمر للقرشي؛ فإن هذا المنصب في حكم المستحق للمعتزين إلى شجرة النبوة، والذي قدمنا نصبه في [منزلة][١٣] المستناب عمن [يجمع بين][١٤] فضائل الأسباب وشرف الانتساب، فإذا تمكنا من رد الأمر إلى

---

(١) في د: في.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: العجم.
(٤) في د: كنانة.
(٥) في د، ص: بولي.
(٦) في ج: نرتقي.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في د.
(١٠) في ج: ليقصر.
(١١) في أ: الشرائط.
(١٢) في أ، ج، د: نسيبًا.
(١٣) سقط في ص.
(١٤) في أ: يجتمع إلى، وفي د، ص: إلى.

النصاب ابتدرناه بلا ارتياب.

وفي «الإشراف» للهروي أنه قيل: إن النسب شرط، وقيل: إنه من باب الترجيح، وهو الأصح، وفائدته: أنه إذا وجد القرشي والنبطي قدم على النبطي، وإن لم يوجد القرشي ولي النبطي، ومن قال: شرط، فلا يولى أحد.

قال: وإن زال شيء من ذلك بعد التولية بطلت ولايته؛ لفوات(١) الحكمة المتعلقة بفوات ذلك الشرط، فعلى هذا: لو عاد إلى الصفة الأولى لم تعد ولايته(٢) إلا بتولية(٣) جديدة.

وقد حكى العمراني عن الجويني في بطلان ولايته بطرآن الفسق ثلاثة أوجه:

أحدها: ينعزل، وهو الصحيح، وتبعه ابن يونس في ذلك؛ لما ذكرناه، وقد نسب القاضي الحسين في باب قتال البغاة هذا المذهب إلى المعتزلة.

والثاني: لا ينعزل إلا بمباشرة العزل.

قال [الإمام](٤) في أواخر باب(٥) الوصية: ولو قلت: إنه الظاهر؛ لكان مستقيمًا، والسبب فيه: أن استمرار العصمة بعيد، والمصير إلى انخلاع الإمام بالفسق يجوز فقه(٦) الإمام بالإمامة والزعامة(٧)، وليس وراء الإمام ناظر؛ فالوجه: ألا يطلق القول بانعزاله؛ ولأجل ذلك جزم القاضي الحسين والرافعي في كتاب الأقضية بعدم انعزاله، وهو ما اقتضاه كلام الشيخ [وغيره](٨) في باب قسم الصدقات، وعلى هذا فلا ينعزل ما لم يثبت عند الاستنابة، كما قاله الماوردي في باب الشهادة بالجناية.

وهذان الوجهان قد حكيناهما في باب ما يجب به القصاص من الجنايات عن ابن أبي هريرة.

والثالث: إن أمكن استنابته أو تقويم أَوَدِهِ لم يخلع، وإن لم يمكن ذلك خلعناه.

والذي حكاه الإمام في «الغياثي» الوجهان الأولان، وأنه على الوجه الثاني يجب على أهل الحل والعقد خلعه، [ثم](٩) قال: والذي يجب القطع به أن الفسق الصادر

---

(١) في د: لفوت.
(٢) في ج: توليته.
(٣) في د: بولاية.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج، د، ص: كتاب.
(٦) في د: نفسه.
(٧) في د: والرعاية.
(٨) سقط في ج، ص.
(٩) سقط في ص.

من الإمام لا يقطع نظره، ولا يجوز خلعه؛ لما في ذلك من المفاسد، و[١] من الممكن أن يتوب ويسترجع؛ وعلى هذا ينطبق قول المتولي: المذهب المشهور: أنه لا ينعزل بالفسق، ولا يكون موجبًا لعزله؛ لأن[٢] ذلك مختلف في كونه موجبًا للعزل، فإذا عزلناه به ثارت الفتنة.

ثم قال الإمام: وهذا كله في نوادر الفسوق[٣]، فأما إذا تواصل منه العصيان، وفشا منه[٤] العدوان، وظهر الفساد، وزال[٥] السداد، وتعطلت الحقوق والحدود، وارتفعت الصيانة، ووضحت الخيانة[٦] - فلابد من استدراك هذا الأمر المتفاقم[٧]، فإن أمكن كف يده وتولية غيره بالصفات المعتبرة فالبدار البدار. وإن لم يمكن القبض على يده؛ لاستظهاره بالشوكة، إلا بإراقة دماء ومصادمة أحوال جمة الأهوال - فالوجه: أن يقاس ما [مدفوعون إليه مبتلون به بما يفرض][٨] وقوعه في محاولة دفعه: فإن كان الواقع الناجز أكثر مما يتوقع، فيجب احتمال المتوقع، وإلا فلا يسوغ التشاغل بالدفع؛ بل يتعين الاستمرار على الأمر [الواقع][٩] والابتهال إلى الله، عز وجل.

والذي أورده الماوردي: أن الفسق إن كان بسبب اتباع شهواته فقد خرج بذلك عن الإمامة، ولا يعود إليها بالتوبة، وإن كان لأجل شبهة تعترض، فتأول بها[١٠] خلاف الحق، فقد ذهب فريق إلى أن الحكم كذلك، وقال كثيرون [من][١١] علماء البصرة: لا يخرج به منها، ويجوز أن تعقد له الإمامة ابتداء؛ كما لا يمنع ذلك من ولاية القضاء وجواز الشهادة.

وقال فيما إذا طرأ عليه خبل في عقله: إن كان عارضًا مرجو الزوال كالإغماء، فلا يخرج به عن الإمامة، وإن [كان][١٢] لازمًا لا يرجى زواله كالجنون: فإن كان

---

(١) زاد في ص: لأن.
(٢) زاد في د: في.
(٣) في أ: الفسق.
(٤) في أ: فيه.
(٥) في ج: وزوال.
(٦) في ص: الجناية.
(٧) في د: المنقاد.
(٨) في د: يدفعون إليه يبلون به بما يعرض.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في د: فيها.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في أ.

طبقًا دائمًا بطلت الإمامة، وإن كان متخللًا: فإن كان[١] زمان الإفاقة أقل فكذلك [الحكم][٢]، وإن [كان][٣] أكثر ففي منعه من استدامتها خلاف، مع أنه يمنع ابتداءها.

وهكذا[٤] الحكم فيما إذا طرأ عليه صمم أو خرس، في منعه الاستدامة خلاف، مع الجزم بمنعها ابتداء.

ورأى الإمام: أنه مانع للاستدامة[٥] أيضًا، ومنهم من قال: إن كان يحسن الكتابة لم يخرج بهما، وإن كان لا يحسنها خرج.

وكذا الخلاف فيما إذا طرأ فقد[٦] إحدى اليدين [أو الرجلين][٧] في منع الاستدامة، وإن كان يمنع الدخول.

قال الإمام: والذي أراه: أن ما يمنع من فقد الأعضاء من الابتداء يمنع من الاستدامة، ولو طرأ عليه عشى العين - وهو ألا يبصر عند دخول الليل - فلا يمنع [من][٨] الاستدامة؛ كما لا يمنع [من][٩] الابتداء.

فرع: إذا أسر الإمام، وحُبس في المطامير، وبَعُدَ توقع خلاصه - قال الإمام: فلا نجد بُدًّا من نصب[١٠] إمام نراه[١١]. وكذا لو سقطت طاعته، ورثَّتْ شوكته، ووهنت[١٢] عدته، وذهبت منته، ونفرت منه القلوب من غير سبب فيه يقتضيه، ولم نجد لهذه الحالة مستدركًا - فالوجه: نصب إمام مطاع، وينزل هذا منزلة ما لو أسر الإمام وانقطع نظره عن الأنام وأهل الإسلام، ولم نصل إلى مظان الحاجات إثر رأي الإمام، ثم قال: ولا بد في هذين الحالين من إنشاء الخلع.

والذي قاله الماوردي في حال الأسر: أنه يجب على كافة الأمة استنقاذه، فإن وقع الإياس[١٣] منه: فإن كان في أسر المشركين خرج من[١٤] الإمامة بالإياس من

(١) زاد في ص: في.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: وكذا.
(٥) في ج: من الاستدامة.
(٦) في ج: قطع.
(٧) في د، ص: والرجلين.
(٨) سقط في د، ص.
(٩) سقط في أ، د، ص.
(١٠) في د: نصبه.
(١١) في د: رآه.
(١٢) في أ، ص: وذهبت.
(١٣) في ج: اليأس.
(١٤) في أ، ج: عن.

خلاصه، وإن كان مأسورًا مع بغاة المسلمين، فإن كانوا قد نصبُوا لأنفسهم[١] إمامًا، فالمأسور قد خرج من[٢] الإمامة؛ بالإياس من خلاصه، وعلى أهل العدل أن ينصبوا[٣] لأنفسهم إمامًا[٤]، وإن لم ينصب[٥] أهل البغي لهم إمامًا[٦] فالمأسور باق [على إمامته][٧]، وعلى أهل [العدل أن يستنيبوا عنه ناظرًا يخلفه إن [لم يقدر][٨] على][٩] الاستنابة، وإن قدر عليها كان أحق باختيار[١٠] من يستنيبه منهم، فإن خلع المأسور نفسه أو مات، لم يصر المستناب إمامًا؛ لأنها نيابة عن موجود فزالت بفقده.

قال: والأفضل[١١] **أن يكون شديدًا من غير عنف**، أي: غير بالغ في الشدة، **لينًا من غير ضعف**، أي: غير بالغ في اللين؛ لما روى إسحاق عن الزهري عن ابن عباس قال: قَالَ عُمَرُ -رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- لَمَّا ذُكِرَ أَمْرُ مَنْ يُعْهَدُ[١٢] إِلَيْهِ، وَذَكَرْتُ[١٣] لَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ: نِعْمَ الرَّجُلُ ذَكَرْتَ[١٤]، لَكِنَّهُ ضَعِيفٌ، إِنَّهُ وَاللهِ مَا يَصْلُحُ لِهَذَا الأَمْرِ يَابْنَ عَبَّاسٍ إِلَّا القَوِيُّ فِي[١٥] غَيْرِ عُنْفٍ، اللَّيِّنُ فِي[١٦] غَيْرِ ضَعْفٍ، وَالمُمْسِكُ فِي غَيْرِ بُخْلٍ، وَالجَوَادُ فِي [غَيْرِ][١٧] إِسْرَافٍ[١٨].

والمعنى في ذلك: أنه إذا كان [فيه عنف][١٩] خافه الناس؛ فلا يتمكنون من رفع حوائجهم إليه، وإذا [كان][٢٠] ضعيفًا مهينًا؛ انبسطت عليه الرعية ويجير بعضهم على بعض.

والعنف: بضم العين، على المشهور، وحكى القاضي عياض في «المشارق»، وصاحب «مطالع الأنوار»: ضمها وفتحها وكسرها، ونقلاه عن الإمام أبي مروان بن سراج.

---

(١) في ج: لهم.
(٢) في أ: عن.
(٣) في أ، د، ص: يعقدوا.
(٤) في د: أمانا.
(٥) في أ، د، ص: يعقد.
(٦) في د: أمانا.
(٧) في ج: بحاله، وفي د: على أمانته.
(٨) في أ: يقدروا.
(٩) سقط في د.
(١٠) في أ: بالاختيار.
(١١) في التنبيه: والأولى.
(١٢) في أ، ص: يعمد.
(١٣) في د: وذكر.
(١٤) في د: ذكر.
(١٥) في د، ص: من.
(١٦) في د: في.
(١٧) سقط في أ.
(١٨) أخرجه أبو زيد عمر بن شبة في أخبار المدينة (٢/ ٥٦) برقم (١٤٨٧).
(١٩) في أ: من عنفه.
(٢٠) سقط في أ.

قال: [ولا يحتجب][1] **عن الرعية**، [أي: لا يتخذ حاجبًا؛][2] لما روى أبو داود عن أبي مريم الأزدي قال: دخلت على معاوية، فقال: ما [أنعمنا بك][3] أبا فلان -وهي كلمة تقولها العرب - فقلت: حديثًا سمعته أخبرك به: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ وَلَّاهُ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ [شَيْئًا][4] مِنْ أُمُوْرِ[5] المُسْلِمِينَ، فَاحْتَجَبَ دُوْنَ حَاجَتِهِمْ وَخَلَّتِهِمْ وَفَقْرِهِمْ، احْتَجَبَ اللهُ عَنْهُ دُوْنَ حَاجَتِهِ وَخَلَّتِهِ وَفَقْرِهِ»[6]، وأخرجه الترمذي.

وأصل الحجب: المنع.

قال: ولا يتخذ حاجبًا ولا بوابًا، أي: في وقت انتصابه لفصل الخصومات؛ لأنه لا يأمن أن يمنع من له ظلامة، [أو يرجح][7] بعض الناس على بعض؛ لرشاء يأخذها[8]، [أو غيره.

ويروى][9] أنه استصعب الإذن على المغيرة بن شعبة في خلوة أرادها مع عمر -رضي الله عنه- فرشا حاجبه يرفأ حتى سهل[10] [له][11] الإذن عليه، وكان يسأل[12] الحاجب أن يجلسه في الدهليز إذا تعذر[13] عليه الوصول؛ حتى يظن الناس أنه قد وصل؛ حتى يبدو له منزلة الاختصاص [بعمر -رضي الله عنه-][14] فكان المغيرة أول من رشا، ويرفأ أول من ارتشى في الإسلام.

وقال في «المهذب» في باب ولاية القضاء: لا يكره للإمام أن يتخذ حاجبًا؛ لأن يرفأ كان حاجب عمر، والحسن بن علي كان حاجب عثمان، وقنبر كان حاجب علي -رضي الله عنهم - ولأن الإمام ينظر في جميع المصالح؛ فتدعوه الحاجة إلى

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ج: أنعمناك.
(٤) سقط في د.
(٥) في ص: أمهر.
(٦) أخرجه أبو داود (٣/ ١٣٥) كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: فيما يلزم الإمام من أمر الرعية (٢٩٤٨)، والترمذي (٣/ ٦١٩) كتاب الأحكام، باب: ما جاء في إمام الرعية (١٣٣٢)، وأخرجه الحاكم (٤/ ٩٣)، وصححه وأقره الذهبي.
(٧) في ص: ويرجح.
(٨) في أ، ص: يأخذه.
(٩) في د: وغيره روى.
(١٠) في د: يسهل.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في ج: سأل.
(١٣) في د: بعد.
(١٤) سقط في أ.

أن يجعل لكل مصلحة وقتًا لا يدخل فيه كل أحد.

وفي «الحاوي» في الموضع المذكور: أنه يستحب للأئمة اتخاذ الحاجب؛ لأنه روي أنه اجتمع على باب عمر: أبو سفيان بن حرب، وسهيل بن عمرو، وسلمان، وبلال، وصهيب، وجماعة من وجوه العرب، فأذن لسلمان وبلال وصهيب؛ فتمعر وجه أبي سفيان، فقال سهيل بن عمرو: يا أبا سفيان، إن هؤلاء قوم دعوا ودعيت فأجابوا وتأخرت، ولئن حسدتهم اليوم على باب عمر لأنت [غدًا][١] أشد حسدًا لهم على باب الجنة.

ولولا الحجاب لما تميز[٢] هؤلاء بالسابقة، ولا ترتب الناس بحسب فضائلهم وأقدارهم.

وتبع صاحب «المرشد» المصنف فيما قاله في باب ولاية القضاء، وقال في كتاب الإمامة ما ذكره الشيخ هنا.

وعلى [القول][٣] الأول قال [الشيخ][٤]: فإن اضطر إلى ذلك اتخذ أمينًا سَلِسًا، لا[٥] **يكون جبَّارًا شرسًا**؛ للرفق بالرعية. وبقية[٦] أوصاف الحاجب تأتي في باب أدب[٧] القضاء.

والسلس -بفتح السين وكسر اللام-: السهل، وكل سهل سلس.

والجبار: المتكبر، والشرس: سيئ الخلق.

أما نصب الحاجب في أوقات الخلوة ونحوها، فهذا مما لا نزاع في عدم كراهته في القاضي -كما سيأتي- فما ظنك بالإمام؟!

قال: ويستحب أن يشاور أهل العلم في الأحكام، أي: المختلف فيها، وأهل الرأي في النقض والإبرام؛ لقوله -تعالى- لنبيه ﷺ: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]، قال الحسن:[٨] إن كان لغنيًّا، [و][٩] لكنه أراد أن يستن بذلك الحكام بعده، و[قد][١٠] قال ﷺ: «الْمُسْتَشِيرُ مُعَانٌ»[١١].

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: يتميز.
(٣) سقط في أ، ح، ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، والتنبيه: ولا.
(٦) في أ، ص: وتتمة.
(٧) في ج: ولاية.
(٨) زاد في أ: و.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في د.
(١١) أخرجه ابن عساكر في تاريخ دمشق (٥٨/ ٤١٠).

وشاور عليه السلام أصحابه في أسرى بدر، وشاور أهل المدينة يوم الخندق [في حفر الخندق][(١)] حتى اتفقوا عليه، وفي صلح الأحزاب على ثلث ثمار المدينة، فقالوا: إن كان الله -سبحانه- أمر بهذا فالسمع والطاعة، وإن كان غير ذلك فلا نطمعهم[(٢)] فينا؛ فإنهم في الجاهلية لم يكونوا ليصلوا إلى ثمره إلا بشراء أو قِرًى، فامتنعوا.

وشاور أبو بكر -رضي الله عنه- الصحابة في [أمر][(٣)] الجدة أم الأم.

وشاورهم عمر -رضي الله عنه- في الجدة أم الأب، وفي دية الجنين، وفي التي أجهضت ما في بطنها.

وشاور عثمان في الأحكام.

وكان عليّ قليل المشاورة؛ فقيل: لأنه لم يبق في عصره عديل يشاوره، وقيل: لأنه قد كان شاهد استشارة قريبة فاكتفى بها.

ولم يختلف في أن رسول الله ﷺ كان يشاور في أمور الدنيا ومصالحها، وإنما اختلف [في][(٤)] استشارته في الدين والأحكام:

فمن قال: إن رسول الله ﷺ لا يجتهد، بل [ما][(٥)] يقوله عن وحي - قال: لم يشاور فيها.

ومن قال: كان له الاجتهاد[(٦)]، قال: إنه شاور فيها، واستدل لذلك بأنه شاور في علامة تكون لأوقات صلواتهم، وشاور أصحابه في حد الزاني والشارب، فقالوا: الله ورسوله أعلم، فقال: «هن فواحش وفيهن عقوبات»، حتى أنزل الله فيهما ما أنزل.

قال: ويلزمه النظر في مصالح الرعية من أمر الصلاة [،أي:][(٧)] المفروضة على الأعيان والكفايات، والمسنونة التي من الشعائر الظاهرة، وكذا تجميع[(٨)] الجماعات المفروضة في الجمع والمسنونة في غيرها، والإعلام بأوقاتها، ونحو ذلك.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في د: نطيعهم.
(٣) سقط في أ، ج، ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ج: أن يجتهد.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ص: يجمع.

قال: **والأئمة**[١] **وأمر الصوم والأهلة، وأمر الحج والعمرة، وأمر القضاء والحسبة، وأمر الأجناد**، أي: المرتبين في الحصون وغيرها، والإمرة [،أي:][٢] على جباية الخراج والجهاد والحج والعمرة؛ كما فعله رسول الله ﷺ حين أَمَّرَ أبا بكر على الحج بعد الفتح، وعلى البلاد ونحو ذلك؛ لأن الإمامة إنما وضعت لذلك.

قال: ولا يولي ذلك إلا ثقة مأمونًا، عارفًا بما يتولاه، كافيًا لما يتقلده من الأعمال؛ لقوله ﷺ: «مَنِ اسْتَرْعِي رَعِيَّةً فَلَمْ يُحِطْهَا[٣] بِنُصْحِهِ[٤] لَمْ يرحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ»[٥]، ولأن المقصود من التولية لا يحصل بدون [هذه الأوصاف][٦].

قال: ولا يدع السؤال عن أخبارهم[٧] **والبحث عن أحكامهم**؛ خوفًا من حدوث ما لا يجوز منهم.

قال: وينظر في أموال الفيء والخراج والجزية، ويصرف ذلك للأهم[٨] **فالأهم من المصالح: من سد الثغور**، [أي:][٩] وهي الحصون، بالعدد والرجال ونحوها، وأرزاق الأجناد، وسد البثوق، أي: وهي الثلم والفتح[١٠]، واحدها: بثق - بفتح الباء وكسرها - [يقال][١١]: بثق[١٢] السيل موضع كذا، أي: خرقه، يبثقه بثقًا، وانبثق: انفجر، والبثوق: بموحدة، ثم مثلثة مضمومتين[١٣].

قال: وحفر الأنهار، وأرزاق القضاة والمؤذنين، وغير ذلك من المصالح، أي: كبناء المساجد والربط والقناطر، والصرف للمفتين والقسام والمتفقهين، وكل من يقوم بقاعدة من قواعد الدين يلهيه[١٤] قيامه بها عما فيه سداده وقوامه، وكالصرف لمن تحمل حمالة، وأجرة السجان [والسجن][١٥] وكاتب القاضي وحاجبه ونائبه والأعوان له، وثمن القرطاس، وغير ذلك مما هو مذكور في موضعه.

---

(١) في ج: والأمة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، ج، د: يحصنها.
(٤) في د: بنصيحته.
(٥) أخرجه البخاري (١٥/ ٢٢) كتاب الأحكام، باب: من استرعى رعية فلم ينصح، برقم (٧١٥٠)، ومسلم (١/ ١٢٥) كتاب الإيمان، باب: استحقاق الوالي الغاش لرعيته النار، برقم (٢٢٧/ ١٤٢) من حديث معقل بن يسار رضي الله عنه.
(٦) في ص: ذلك.
(٧) في ج: أحوالهم.
(٨) في التنبيه: في الأهم.
(٩) سقط في أ.
(١٠) زاد في أ، د، ص: النهر.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في ج: شق.
(١٣) في د: مفتوحتين.
(١٤) في د: يلزمه.
(١٥) سقط في ص.

قال: وينظر في أموال الصدقات ومصارفها، كما سلف ذكره، ويتأمل أمر المرافق والمعادن ومن يقطعها. على ما ذكرناها في مواضعها.

وقد ذكرت في باب أحدها: إذا فضل من مال بيت المال شيء ماذا يصنع به؟ فليطلب منه.

وقد جعل الماوردي الأمور التي تلزم الإمام عشرة أشياء أكثرها مذكور في الكتاب، ولكنا نذكرها:

أحدها: حفظ الدين على أصوله المستقرة، وما أجمع عليه سلف الأمة، فإن ظهر مبتدع، أو زاغ ذو شبهة عنه - أوضح له الحجة، وبين له الصواب، وأخذه بما يلزمه من الحقوق.

والثاني: تنفيذ الأحكام بين المتشاجرين، وقطع الخِصام بين [المتنازعين؛ حتى تعم النصفة،](1) فلا يتعدى ظالم، ولا يضعف مظلوم.

والثالث: حماية البيضة، والذب عن الحريم؛ لينصرف الناس في المعاش، وينتشروا(2) في الأسفار آمنين من(3) تغرير بنفس أو مال.

والرابع: إقامة الحدود؛ لتصان محارم الله -تعالى- عن الانتهاك، وتحفظ حقوق عباده من إتلاف واستهلاك.

والخامس: تحصين الثغور بالعدة المانعة والقوة الدافعة.

والسادس: جهاد من عاند الإسلام بعد الدعوة حتى يسلم أو يدخل في الذمة؛ ليقام بحق الله -تعالى- في إظهاره(4) على الدين كله.

والسابع: جباية الفيء والصدقات على ما أوجبه الشرع نصًّا واجتهادًا من غير عسف.

والثامن: تقدير العطاء وما يستحق في بيت المال من غير سرف ولا تقصير، ودفعه في وقته(5) لا تقديم فيه ولا تأخير.

[والتاسع](6): استكفاء الأمناء، وتقليد النصحاء، فيما يفوضه إليهم في الأعمال، ويكله إليهم من الأموال.

والعاشر: أن يباشر بنفسه(7) الأمور ويتصفح الأحوال؛ لتنهض بسياسته الأمة،

---

(1) في د: المتبايعين حتى يوم البيعة.
(2) في ص: ويسروا.
(3) في أ: في، وزاد في ص: غير.
(4) في د: الجهاد.
(5) في أ: وقت.
(6) في أ: قال.
(7) زاد في أ، ص: مباشرة.

وحراسته الملة، ولا يعتمد على[١] التفويض تشاغلًا بلذة أو عبادة؛ فقد يخون الأمين، ويغش[٢] الناصح، وهذا وإن كان مستحقًّا عليه بحكم الدين ومنصب الخلافة، فهو من حقوق السياسة[٣] لكل مسترعى.

قال: فإذا قام الإمام بما ذكرناه من حقوق الأمة، فقد أدى حق الله - سبحانه- فيما لهم وعليهم، ووجب له عليهم حقان: الطاعة، والنصرة، ما لم يتغير حاله.

وقال الرافعي: إن ذلك [واجب][٤]، سواء كان عادلًا أو جائرًا؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «من ولي عليه وال، فرآه يأتي شيئًا من معاصي الله -تعالى- فليكره[٥] ما يأتي من معصية الله -تعالى- ولا ينزعن يده من طاعته».

ولا يجوز لأهل العقد والحل بعد عقد الإمامة حلها، إذا لم تخل عن شيء من صفات الأئمة باتفاق الأمة، كما قاله الإمام. نعم، لو أراد خلع نفسه فقد اضطربت مذاهب العلماء فيه: فمنعه بعضهم كما امتنع على[٦] العاقد [و][٧] المسلمين، وهذا ما أورده صاحب «البيان» وغيره، وأجازه آخرون؛ لما صح تواترًا واستفاضة من [خلع][٨] الحسن بن علي نفسه، ولم ينكره أحد، وفي «التتمة» حكاية المذهبين وجهين.

قال الإمام: والحق المتبع عندي: أن الإمام لو علم أنه لو خلع نفسه لاضطربت الأمور، وتزلزلت[٩] الثغور، وانجر إلى المسلمين ضرر لا قبل لهم به - فلا يجوز له ذلك، وإن علم أن خلعه نفسه [لا يضر بالمسلمين، بل[١٠] يطفئ نائرة، ويحقن دماء المسلمين - فلا يمنع[١١] أن يخلع نفسه][١٢]، وهكذا كان خلع الحسن بن علي نفسه. ولو كان لا يؤثر خلعه نفسه في إلحاق ضرر[١٣] ولا في تسكين نائرة، ولو خلع نفسه أقام آخر مقامه - فلست قاطعًا في ذلك جوابًا، بل أرى القولين فيه متكافئين قريبي المأخذ، والأظهر[١٤] عندي: أنه لو حاول استخلاء بنفسه واعتزالًا؛

---

(١) في أ: في.
(٢) في د: يفسق.
(٣) في ص: الخلافة.
(٤) سقط في ج.
(٥) في د: فلينكر.
(٦) في أ: عن.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ص: وتركت.
(١٠) في ص: بأن.
(١١) في ص: يمتنع.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في ص: ضرار.
(١٤) في ج: والأقرب.

لطاعة الله -تعالى- لم يمنع.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: [أنه][(١)] إذا خلع نفسه ينظر: فإن خلع إلى من لا يصلح للإمامة لم[(٢)] ينخلع عنها، وإن خلع إلى من هو أصلح منه أو مثله انخلع إليه، وإن خلع إلى من[(٣)] شك في حاله هل هو صالح للإمامة أم لا، حمل على أنه صالح لها؛ لأن الإمام لا يتصرف إلا على النظر للمسلمين، [فلما انخلع إليه رآه أهلًا لذلك][(٤)].

وقال في «التهذيب»: إذا خلع نفسه [ينظر. فإن كان لعذر من هرم أو علة انعزل، ثم إن ولى غيره قبل أن يخلع نفسه][(٥)] انعقدت الإمامة للثاني، وإن لم يول فالناس مجمعون على تولية غيره، وإن لم يظهر به عذر نظر: إن لم يول لا ينعزل، وكذلك إن ولى من هو دونه، وإن ولى من هو مثله أو فوقه ففي انعزاله وجهان. وقال: [إنا على][(٦)] القول بانعزاله في هذه الصورة، إذا ولى من شككنا [فيه][(٧)] أثبتنا ولايته.

فروع - تقدَّم الوعد بها-:

إذا عهد الإمام في الخلافة إلى غيره، قال الماوردي: فيتعين أن يكون المولى[(٨)] متصفًا بالشروط[(٩)] المذكورة من وقت العهد إليه، حتى لو كان صغيرًا أو فاسقًا عند العهد، بالغًا عدلًا عند موت المولى - لم ينتصب إمامًا بالعهد السابق.

قال الرافعي: وقد يتوقف في هذا.

وإذا عهد إلى غائب مجهول الحياة لم يصح عهده، وإن كان معلوم الحياة صح، فإن مات المستخلف وهو غائب بعد، استقدمه أهل الاختيار، فإن بعدت غيبته واستضر المسلمون بتأخير النظر في أمورهم - استناب أهل الاختيار نائبًا عنه فيبايعونه بالنيابة دون الخلافة، وإذا قدُم الخليفة الغائب انعزل المستخلف، وكان نظره قبل قدومه [باقيًا][(١٠)] ماضيًا، وبعد قدومه مردودًا.

---

(١) سقط في د.
(٢) في أ، د: لا.
(٣) زاد في ص: هو.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: أبو علي.
(٧) سقط في ص.
(٨) في أ: الولي.
(٩) في ص: بالشرائط.
(١٠) سقط في أ، د، ص.

وإذا خلع الخليفة نفسه كان كما لو مات؛ فتنتقل الخلافة إلى [من][(١)] ولي العهد.

قال الرافعي: ويجوز أن يفرق بين أن يقول: الخلافة بعد موتي لفلان، أو: بعد خلافتي.

ولو أراد ولي العهد أن ينقل ما إليه من ولاية العهد إلى غيره لم يجز؛ لأنه إنما يجوز له النظر وتثبت له الولاية بعد موت المولي.

وإنَّ وليّ العهد إذا استعفى لم يبطل عهده بالاستعفاء حتى يُعفى؛ للزومه من جهة المولِّي والمولَّى، ثم ينظر: فإن وجد غيره جاز استعفاؤه وإعفاؤه، وخرج من العهد باجتماعهما على الاستعفاء والإعفاء، وإن لم يوجد غيره لم يجز استعفاؤه ولا إعفاؤه، وكان العهد على لزومه في[(٢)] جهة المولِّي والمولَّى.

وإنه إذا عهد إلى اثنين أو أكثر على الترتيب، فقال: الخليفة بعد موتي فلان، وبعد موته فلان، [وبعد موته فلان][(٣)] - جاز، وانتقلت الخلافة إليهم كما رتب؛ اقتداء برسول الله ﷺ [في][(٤)] ترتيبه أمراء [جيش مؤتة][(٥)]، وإنه لو مات الأول في حياة الخليفة فالخلافة بعده للثاني، ولو مات الأول والثاني في حياته؛ فالخليفة الثالث.

قال الرافعي: وقد يتوقف في هذا، ويقال: المفهوم من اللفظ جعل الثاني خليفة بعد خلافة الأول.

قلت: ويعضده ما حكاه الماوردي فيما إذا قال: وقفت على زيد، ثم من بعده على عمرو، ثم من بعده على خالد - أنه لا يصرف لخالد شيء إذا مات عمرو قبل زيد، كما ذكرناه في الوقف.

وإنه لو مات الخليفة والثلاثة أحياء، وانتهت الخلافة إلى الأول، فأراد أن يعهد بها إلى غير الآخرين - فمن الفقهاء من منع ذلك [؛حملًا][(٦)] على مقتضى الترتيب، إلا أن يستنزل مستحقها عنها طوعًا.

---

(١) سقط في أ، د، ص.

(٢) في أ: من.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في ص.

(٥) في أ: بعد موته.

(٦) سقط في ج.

والظاهر من مذهب الشافعي وما عليه جمهور الفقهاء: جوازه؛ لأنه إذا انتهت الخلافة إليه صار أملك بها وبتفويضها إلى من يشاء، بخلاف ما إذا مات ولم يعهد [بها][(١)] إلى أحد ليس لأهل البيعة أن يبايعوا غير الثاني، ويقدم عهد الأول على اختيارهم. وهذا فيه نظر؛ لأنه قال بعد ذلك: لو قال الخليفة العاهد: قد عهدت إلى فلان، فإن مات بعد إفضاء الخلافة إليه فالخليفة بعده فلان - لم تصح خلافة الثاني، ولم ينعقد عهده بها؛ لأنه لم يعهد إليه في الحال، وإنما جعله ولي عهد بعد إفضاء الخلافة إلى الأول، وقد يموت قبل إفضائها إليه؛ فلا يكون عهد[(٢)] الثاني بها منبرمًا؛ فلذلك بطل، وجاز للأول بعد إفضاء الخلافة إليه أن يعهد بها إلى غيره.

وإن مات [من غير][(٣)] عهدٍ جاز لأهل الحل والعقد اختيار غيره، ويخالف هذا ما فعله رسول الله ﷺ في جيش مؤتة؛ لأنه كان رسول الله ﷺ [حيًّا][(٤)] لم تنتقل أمورهم إلى غيره.

وإنه ليس لأهل الشورى أن يعينوا واحدًا منهم في حياة الخليفة إلا أن يأذن لهم في ذلك، فإن خافوا انتشار الأمر بعده استأذنوه، فإن أذن فعلوا.

وإنه يجوز للخليفة أن ينص على من يختاره للخلافة بعده؛ كما يجوز له أن يعهد إلى غيره حتى لا يصح إلا اختيار من نص عليه؛ لأنه من حقوق خلافته.



(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عقد.
(٣) في ص: بغير.
(٤) سقط في أ.

كتاب الأقضية

«الأقضية»: جمع «قضاء»؛ كـ «عَطاء» و«أعطية»، و«قباء» و«أقبية».

والقضاء - بالمد-: الولاية المعروفة.

قال الأزهري: وهو في الأصل: إحكام الشيء والفراغ منه؛ ومنه قوله تعالى: ﴿وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [الإسراء: ٤]، فيكون القضاء إمضاء الحكم على هذا.

وسُمِّي الحاكم حاكمًا؛ لأنه يمضي الأحكام ويحكمها.

وقال الجوهري: إنه يقال: قضى، بمعنى: أنهى وفرغ. [ومنه - كما قال الرافعي - قوله تعالى: ﴿فَوَكَزَهُۥ مُوسَىٰ فَقَضَىٰ عَلَيْهِ﴾ [القصص: ١٥]، أي: قتله وفرغ منه][(١)].

وسُمي قاضيًا، أي: قاتلا، وسمي القضاء على هذا [قضاء؛ لأن القاضي ينهي الأمر بالفصل، ويفرغ منه بالإمضاء.

ويقال][(٢)]: قضى، بمعنى أوجب؛ ومنه قال تعالى: ﴿وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ﴾ [الإسراء: ٢٣]، فيجوز أن يكون سمي القاضي قاضيًا؛ لإيجابه الحكم على من يجب عليه.

ويقال: بمعنى الإتمام؛ ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُم مَّنَٰسِكَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٠٠]، فالقاضي يتمم الأمر بحكمه.

ويقال: بمعنى «مات»، وبمعنى «أدى»، وبمعنى «قدر» و«صنع»؛ كقولهم: [قضى][(٣)] الدرع؛ ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ﴾ [فصلت: ١٢].

ويسمي القضاء حُكْمًا؛ لما فيه من منع الظالم من الظلم، مأخوذًا من «الحكمة» التي توجب وضع الشيء في محله، أو من إحكام الشيء؛ ومنه: حكمة اللجام؛ لمنعها الدابة من ركوبها رأسها.

وقد قيل: إن الحكمة مأخوذة من هذا - أيضًا - لمنعها النفس من هواها، ويقال: حكمت وأحكمت السفيه، إذا أخذت على يده ومنعته.

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ج.

باب ولاية القضاء وأدب القاضي

قال: **ولاية القضاء فرض**؛ لقوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ﴾ [النساء: ١٣٥]؛ وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ﴾ [المائدة: ٤٤] وفي أخرى ﴿الظَّالِمُونَ﴾ [المائدة: ٤٥] وفي أخرى ﴿الْفَاسِقُونَ﴾ [المائدة: ٤٧].

ولأن طباع البشر مجبولة على التظالم والتجاحد ومنع الحقوق وارتكاب متن العقوق، وقل من ينصف من نفسه، [والإمام لا يقدر على فصل كل الخصومات، وتحصيل[1] كل [المطلوبات من القضايا][2] بنفسه][3]؛ فدعت الحاجة إلى إقامة من ينصف المظلومين من الظالمين؛ ولهذا قال ﷺ: «لَا بُدَّ لِلنَّاسِ مِنْ وَزَعَةٍ»[4].

قال: **على الكفاية**؛ لأن النبي ﷺ بَعَثَ عَلِيًّا إِلَى اليَمَنِ قَاضِيًا[5]، وَاسْتَخْلَفَ عَتَّابَ بْنَ أَسِيْدٍ عَلَى مَكَّةَ بَعْدَ الفَتْحِ وَالِيًا وَقَاضِيًا[6]، وَقَلَّدَ مُعَاذًا قَضَاءَ بَعْضِ اليَمَنِ[7]، وَقَلَّدَ دِحْيَةَ الْكَلْبِيَّ قَضَاءَ نَاحِيَةٍ، وَكَانَ يشبه بِجِبْرِيلَ، عَلَيْهِ السَّلَامُ[8].

وكذلك الخلفاء الأربعة استخلفوا القضاة: فبعث أبو بكر أَنَسًا إلى البحرين قاضيًا، وبعث عمر أبا موسى الأشعري إلى البصرة قاضيًا، وبعث عبد الله بن مسعود إلى الكوفة قاضيًا، وعثمان قلد شريحًا القضاء، وعليّ بعث عبد الله بن عباس إلى البصرة قاضيًا وناظرًا، فلو كان فرض عين لم يكف واحد[9].

---

(١) في د: وتخليص.
(٢) في د: الحادثات من القضاة، وفي ص: من القضايا.
(٣) سقط في أ.
(٤) ذكره ابن قتيبة في تأويل مختلف الحديث ص(٤٥) من قول الحسن البصري.
(٥) أخرجه أحمد (١/ ٥٦، ٨٨)، وأبو داود (٤/ ١١) كتاب الأقضية، باب: كيف القضاء، برقم (٣٥٨٢)، والترمذي (٣/ ٦١٨) كتاب الأحكام، باب: القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما، برقم (١٣٣١)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤) كتاب الأحكام، باب: ذكر القضاة (٢٣١٠)، وأبو يعلى (١/ ٢٥٢)، رقم (٢٩٣)، من طرق عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه. صححه ابن حبان، وقال الحاكم: صحيح الإسناد.
(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٥/ ٣١٣) كتاب البيوع، باب: قبض ما ابتاعه كيلا بالاكتيال.
(٧) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٦).
(٨) ينظر المرجع السابق.
(٩) زاد في ص: على الكفاية.

ولأن القضاء إما أمر بمعروف أو نهي عن منكر [أو هما،][(١)] وأيًّامّا كان فهو فرض على الكفاية، وقد ادعى الرافعي في ذلك الإجماع، ورأيت فيما وقفت عليه من «تعليق» القاضي أبي الطيب أنه يستحب للإمام أن ينصب القضاة في البلدان، ولم أره في غيره.

والمخاطب بهذا الفرض من تكاملت فيه شروط القضاء كما سنذكرها، ثم المعروف من فروض[(٢)] الكفاية [أنه][(٣)] إذا قام به من فيه الكفاية سقط الفرض عن الذين خُوطبوا به على الكفاية، وأنهم إذا امتنعوا منه أثموا جميعًا، وهو مصرح به كذلك هنا. نعم، حكى في «المهذب» وغيره: أن الإمام هل له في هذه الحالة أن يجبر واحدًا منهم على الدخول فيه؟ فيه وجهان، اختيار الرافعي وصاحب[(٤)] المرشد منهما: الإجبار، وصحح ابن أبي الدم المنع.

قال مجلي: وعلى هذا هل يتعين [عليه؟][(٥)] فيه وجهان.

وحكى ابن الصباغ والبندنيجي أن الإمام لو عين شخصًا ابتداءً للقضاء هل يتعين عليه؟ فيه وجهان من غير بناء على ما ذكره مجلي، مع أني لم أفهم معنى البناء.

وقد قال مجلي بعد حكاية الوجهين في التعيين: إن الغزالي قال هذا فيه إذا عينه من غير تخيير له، فإن كان قد خيره فلا معنى لإيجاب التقليد، وهو غير متعين، ولم يجزم الإمام بتعينه[(٦)]، وما نسبه إلى الغزالي[(٧)] قد ذكره بعد حكايته عن العراقيين الوجهين.

قال: فإن لم يكن من يصلح إلا واحد تعين عليه، أي: القبول؛ لأن هذا شأن فروض الكفايات، ولا يدفع هذا التعين [عليه][(٨)] خوفه على نفسه [الخيانة والميل، بل عليه القبول، وأن يجاهد نفسه][(٩)]، ويلازم[(١٠)] سمت التقوى، ويستحب أن يقول إذا دعي: سمعًا وطاعة.

قال: ويلزمه طلبه، أي: إن لم يعرض عليه؛ لأن به يخرج من واجبه.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: فرض.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ، د، ص: وفي.
(٥) سقط في ص.
(٦) في أ، د، ص: تعيينه.
(٧) زاد في أ، جـ: الإمام.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في أ: ولا يلزم.

قال في «المهذب» وغيره: ولو احتاج في هذه الحالة في تحصيله إلى بذل مال وجب بذله، كما يلزمه في شراء الرقبة في[١] الكفارة، والطعام في المجاعة.

وفي «الحاوي» ما يخالف ذلك؛ لأنه قال: يجب القبول، ولا يتعين عليه طلب القضاء؛ لأن فرض التقليد على المولِّي دون المولَّى.

قلت: ولعل هذا إذا علم به المولِّي، أما إذا لم يعلم فيجب عليه إعلامه، كما أطلقه البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما، وقال الماوردي في آخر الفصل: إن بذل المال في هذه الحالة مستحب.

قال: فإن امتنع أجبر عليه، أي: على القبول مع عصيانه؛ لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره؛ فكان كصاحب الطعام إذا منعه من المضطر، وقد قدمت في باب أدب السلطان سؤالًا أورد مثله هاهنا الرافعي فليطلب جوابه من ثم، وهذا هو المشهور.

وفي «تعليق» القاضي [أبي الطيب][٢] و«الرافعي» [حكاية][٣] وجه: أنه لا يجبر عند[٤] الامتناع؛ لما روى أنه ﷺ قال: «إنا لا نلزم على القضاء أحدًا».

والأولون حملوا الحديث على حالة عدم التعين[٥].

قال: فإن[٦] **كان هناك غيره**، أي: صالح لذلك كصلاحيته له، كره أن يتعرض له، أي: بالطلب؛ لما روى أبو داود عن بلال بن أنس بن مالك، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ وَاسْتَعَانَ عَلَيْهِ وُكِلَ إِلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ وَلَمْ يَسْتَعِنْ عَلَيْهِ أَنْزَلَ اللهُ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ»[٧]، وأخرجه الترمذي، وقال: إنه حسن غريب.

وروى مسلم والبخاري [وغيرهما][٨] مختصرًا ومطولًا عن عبد الرحمن بن

---

(١) في أ: إلى.
(٢) في ص: الحسين.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ص: على.
(٥) في د، ص: التعيين.
(٦) في التنبيه: وإن.
(٧) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٠) كتاب «الأقضية»، باب: «في طلب القضاء والتسرع إليه» برقم (٣٥٧٨)، والترمذي (٣/ ٦٠٥) كتاب «الأحكام»، باب: «ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي» برقم (١٣٢٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤): كتاب «الأحكام»، باب: «ذكر القضاة» برقم (٢٣٠٩).
قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.
(٨) سقط في د.

سمرة، قال: قال رسول الله -ﷺ-: «يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَمُرَةَ، لَا تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ، فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيْتَهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وُكِلْتَ فِيْهَا إِلَى نَفْسِكَ، وَإِنْ أُعْطِيْتَهَا عَنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا»(١)، ولأن في القضاء من الخطر ما [لا](٢) يحصر(٣)؛ قال عليه السلام: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّيْنٍ»(٤) خرجه أبو داود عن أبي هريرة، وقال الترمذي: إنه حسن غريب من هذا الوجه.

وقد قيل في معناه: إن من تصدر(٥) للقضاء فقد تعرض للذبح؛ لأنه يريد أن يحكم على الصديق والعدو والقريب والبعيد بحكم [واحد](٦)؛ فليحذره.

وقيل: إنه بتوليته يصير كالمذبوح؛ لأنه يحتاج إلى أن يميت شهوته ويكسر نفسه ويقهرها ويمنعها عن التبسط ومخالطة الناس.

وقوله: «بغير سكين»، قال الخطابي: يحتمل وجهين:

أحدهما: أن الذبح في ظاهر العرف وغالب(٧) العادة بالسكين، فعدل ﷺ عن

---

(١) أخرجه البخاري (١١/ ٥٢٥) كتاب «كفارات الأيمان»، باب: «قول الله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ الآية؛ برقم (٦٦٢٢)، ومسلم (٣/ ١٢٧٣) كتاب «الأيمان»، باب: «ندب من حلف يمينًا، فرأى غيرها خيرًا منها، أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه» برقم (١٩/ ١٦٥٢)، وأبو داود (٣/ ١٣٠) كتاب «الخراج والفيء والإمارة»، باب: «ما جاء في طلب الإمارة» برقم (٢٩٢٩)، والترمذي (٤/ ١٠٦) كتاب «النذور والأيمان»، باب: «ما جاء فيمن حلف على يمين فوجد غيرها خيرًا منها» برقم (١٥٢٩).

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(٢) سقط في أ.

(٣) في د: ينحصر.

(٤) أخرجه أحمد (٢/ ٢٣٠، ٣٦٥)، وأبو داود (٢/ ٣٢٢) كتاب «الأقضية»، باب: «في طلب القضاء»، برقم (٣٥٧١، ٣٥٧٢)، والترمذي (٣/ ٦٠٥) كتاب «الأحكام»، باب: «ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي» برقم (١٣٢٥)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٤) كتاب «الأحكام»، باب: «ذكر القضاء» برقم (٢٣٠٨)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤٦٢) كتاب «القضاء»، باب: «التغليظ في الحكم» برقم (٥٩٢٣)، والدارقطني (٤/ ٢٠٤) كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك رقم (٦، ٧) والبيهقي (١٠/ ٩٦) كتاب «آداب القاضي»: باب «كراهة الإمارة وكراهية تولي أعمالها لمن رأى من نفسه ضعفا أو رأى فرضها عنه بغيره ساقطا»، والحاكم (٤/ ٩١).

قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه، وقد روي أيضا من غير هذا الوجه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ. اهـ.

وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٥) في ص، د: تصدى.

(٦) سقط في أ.

(٧) في ص: في غالب.

ذلك؛ ليعلم أن المراد: ما يخاف عليه من هلاك دينه دون هلاك بدنه.

الثاني: أن الذبح الموحِي المريح للذبيحة إنما يكون بالسكين، فإذا كان بغير سكين كان خنقًا وتعذيبًا؛ فضرب المثل؛ ليكون أبلغ في الحذر منه.

والأخبار المحذرة في هذا الباب كثيرة.

قال مجلي: قال بعض أصحابنا: وهذا إذا لم يستشعر من نفسه ميلًا. أما إذا استشعر فلا يجوز.

وقال في الوسيط: إن الأمر لا ينتهي إلى التحريم بمجرد الاستشعار.

قال: **إلا أن يكون محتاجًا فلا يكره**، أي: التعرض له؛ لطلب الكفاية، **أو خاملًا**، أي: غير مشهور بين الناس، **فلا يكره**؛ لنشر العلم.

وحكى ابن الصباغ عن بعض الأصحاب: أنه يستحب الطلب في هاتين الحالتين، وأنه يجوز بذل المال؛ لتحصيله، وقد وافق القاضي أبو الطيب هذا القائل في استحباب الطلب، وبه أجاب في «المهذب» و«التهذيب» في[1] الحالة الثانية.

وحكى الزبيلي في «أدب القضاء» له عن بعض أصحابنا: أنه يستحب له طلب القضاء، ولم يقيده بحالة من الحالات، وحكاه[2] مجلي -أيضًا- فيما إذا كان الرجل واثقًا بنفسه، وقال: إنه أقيس[3]. ومثل الوثوق بالنفس بما إذا كان قد جربها بالولاية، وقد أبداه في «الوسيط» احتمالًا.

وعلى هذا الوجه ينطبق قول الأصحاب - كما حكاه مجلي وغيره-: إن تولي القضاء أهم[4] من الجهاد؛ لأن الجهاد طلب الزيادة، والقضاء حفظ للحاصل وضبطه.

قال مجلي: وعنوا بذلك ما حصل من أحكام الشريعة؛ فإن ضبط أحكامها وحفظ نظامها من تطرق خلل ووقوع ذلك، أهم من ابتغاء سواه.

وهذا التعليل - كما قال [ابن][5] شداد في كتابه المترجم بـ «ملجأ الحكام عند التماس الأحكام» - يرشد إلى أن مرادهم الجهاد الذي أنشئ[6] لاستزادة بلاد في خطة بلاد المسلمين، واستزادة أعداد من يقول بالإسلام، أما الجهاد الذي أنشئ لدفع

---

(١) زاد في ص: هذه.
(٢) في أ: وحكى.
(٣) في ص: الأقيس.
(٤) في ص: أتم.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: نشأ.

العدو عن المسلمين بعد أن وطئ بلادهم فلا يكون القضاء أهم منه، بل ذلك أهم من القضاء، والمفسدة المتوقعة[(١)] أعم، حتى لو فرض شخص تعين القضاء، وتعين لدفع الضرر عن الإسلام والمسلمين لكونه متبعًا مطاعًا - لكان اشتغاله بدفع العدو أولى بمقتضى هذه العلة.

وكذا قول الإمام وابن الصباغ وصاحب «الكافي» وغيرهم: إن القضاء من أعلى القربات، واستدلوا لذلك بما روي [أن][(٢)] ابن مسعود قال: لأن أجلس فأقضي بين اثنين بحق واجب [أحب][(٣)] إلي من عبادة سبعين سنة. واستأنسوا في ذلك بآيات[(٤)] وأخبار نذكر منها ما تيسر:

فمنها: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ﴾ [النور: ٤٨]، قدم الله -تعالى- من يمتنع عن الإجابة إلى القضاء، ومدح من يجيب إليه [إذا دعي][(٥)] بقوله: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوۡلَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ الآية؛ فدل [ذلك][(٦)] على علو قدره.

ومنها: ما روي أن النبي ﷺ قال: «لَيومٌ مِنْ إِمَامٍ عَادِلٍ أَفْضَلُ مِنْ عِبَادَةِ سِتِّينَ سَنَةٍ، وَحَدٌّ يُقَامُ فِي أَرْضِ اللهِ بِحَقِّهِ أَزْكَى[(٧)] مِنْ مَطَرِ أَرْبَعِينَ خَرِيفًا»[(٨)].

وقال عليه السلام: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللهُ فِي ظِلِّ عَرْشِهِ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ: إِمَامٌ عَادِلٌ...»[(٩)].

---

(١) زاد في أ، د: منهم.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ص: بآثار.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ص: أولى.
(٨) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (١١/ ٣٣٧) برقم (١١٩٣٢)، وفي الأوسط (٥/ ٩٢) برقم (٤٧٦٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (٨/ ١٦٢) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما-.
(٩) أخرجه البخاري (٢/ ١٤٣) كتاب الأذان، باب: من جلس في المسجد ينتظر الصلاة وفضل المساجد، برقم (٦٦٠) و(٣/ ٢٩٢، ٢٩٣) كتاب الزكاة: باب الصدقة باليمين، برقم (١٤٢٣) و (١٢/ ١١٢) كتاب الحدود، باب: فضل من ترك الفواحش، برقم (٦٨٠٦)، ومسلم (٢/ ٧١٥، ٧١٦) كتاب الزكاة، باب: فضل إخفاء الصدقة، برقم (٩١/ ١٠٣١)، وأحمد (٢/ ٤٣٩)، والترمذي (٤/ ٥١٦) كتاب الزهد، باب: ما جاء في الحب في الله، برقم (٢٣٩١)، والنسائي (٨/ ٢٢٢) كتاب آداب القضاء، باب: الإمام العادل، وابن خزيمة (٣٥٨)، وابن المبارك في الزهد (٤٧٣)، والبغوي في «شرح السنة» (٢/ ١١٦) من حديث أبي هريرة. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

وقال ﷺ: «إِذَا جَلَسَ القَاضِي لِلحُكْمِ بَعَثَ اللهُ تَعَالَى [إِلَيْهِ](١) مَلَكَيْنِ يُسَدِّدَانِهِ: فَإِنْ عَدَلَ أَقَامَا، وَإِنْ جَارَ عَرَجَا وَتَرَكَاهُ »(٢).

وروى أبو داود عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص [عن عمرو بن العاص](٣) قال: قال رسول الله ﷺ: «إِذَا حَكَمَ الحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا(٤) حَكَمَ فَاجْتَهَدَ وَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»(٥)، فحدثت به أبا بكر بن حزم، فقال: هكذا حدثني أبو سلمة عن أبي هريرة. وأخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه مطولًا ومختصرًا.

قال القاضي أبو الطيب: وقوله ﷺ: «مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»(٦)،

---

(١) سقط في ص.

(٢) أخرجه البيهقي (١٠/ ٨٨) من طريق الأشعري يحيى بن بريد، عن ابن جريج، عن عطاء، عن ابن عباس مرفوعًا وقال الحافظ في التلخيص (٤/ ١٨١): إسناده ضعيف، قال صالح جزرة: هذا الحديث ليس له أصل.

(٣) سقط في ص.

(٤) في أ: وإن.

(٥) أخرجه البخاري (١٣/ ٣٣٠) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، برقم (٧٣٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢) كتاب الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، برقم (١٥/ ١٧١٦)، وأبو داود (٢/ ٣٢٣) كتاب الأقضية، باب: في القاضي يخطئ، برقم (٣٥٧٤)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٦) كتاب الأحكام، باب: الحاكم يجتهد فيصيب الحق، برقم (٢٣١٤)، والشافعي (٢/ ١٧٦) كتاب الأحكام، باب: في الأقضية، برقم (٦٢١)، وأحمد (٤/ ١٩٨، ٢٠٤)، وأبو داود الطيالسي (١/ ٢٦٨ منحة) برقم (١٤٥١)، والدارقطني (٤/ ٢١٠، ٢١١) كتاب: الأقضية والأحكام، برقم (٢٢)، وابن حبان (٥٠٦١)، والبيهقي (١٠/ ١١٨، ١١٩)، والبغوي في «شرح السنة» (٥/ ٣٥١) كلهم من طريق يزيد بن عبد الله بن الهاد، عن محمد بن إبراهيم بن الحارث، عن بسر بن سعيد، عن أبي قيس مولى عمرو بن العاص، عن عمرو بن العاص مرفوعًا... به.
وللحديث شاهد عن أبي هريرة.
أخرجه البخاري (١٣/ ٣٣٠) كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب: أجر الحاكم إذا اجتهد أو أخطأ، برقم (٧٣٥٢)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢) كتاب الأقضية، باب: بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطأ، برقم (١٥/ ١٧١٦)، والنسائي (٨/ ٢٢٣، ٢٢٤) كتاب آداب القضاء، باب: الإصابة في الحكم، والترمذي (١٣٢٦)، وابن حبان (٥٠٦٠)، والدارقطني (٤/ ٢٠٤) كتاب في الأقضية والأحكام، والبيهقي (١٠/ ١١٨) كلهم من طريق أبي بكر بن محمد عن أبي سلمة عن أبي هريرة... به.

(٦) تقدم.

محمول على الخائن أو الجاهل؛ لما روى أبو داود عن أبي بردة عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: وَاحِدٌ فِي الجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ، فَأَمَّا الَّذِي فِي الجَنَّةِ فَرَجُلٌ عَرَفَ الحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَرَجُلٌ عَرَفَ الحَقَّ فَجَارَ فِي الحُكْمِ فَهُوَ فِي النَّارِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ(١) عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ»(٢)، وأخرجه الترمذي وابن ماجه.

وقال ابن الصباغ: الأحاديث المحذرة دالة على عظم قدره [وصعوبة أمره؛ حتى لا يقدم عليه من لا يجد من نفسه قوة في دينه](٣) وبصيرة ثاقبة في علمه، وليجتهد في طلب الحق عادلًا عن الهوى والميل، وما جاء في حديث عبد الرحمن بن سمرة والذي قبله محمول على [من سأل](٤) ذلك لمجرد الرياسة وطلبًا للنيل، ومن استحبه فإنما يستحبه إذا قصد به القربة.

وقد بالغ الإمام في «الغياثي»، فقال: الذي أراه أن القيام بما هو من فروض الكفايات أحرى بإحراز الدرجات، وأعلى في فنون القربات من فرائض الأعيان المحتومات؛ فإن ما تعين على المتعبد المكلف لو تركه ولم يقابل أمر الشرع فيه بالارتسام اختص المأثم به، ولو أقامه فهو المثاب عليه، ولو فُرِضَ تعطيل(٥) فرض من فروض الكفايات لعم المأثم الكافة على اختلاف الرتب والدرجات، فالقائم(٦) به كافٍ نفسه(٧) وكافة المخاطبين الحرج والعقاب، وأمل أفضل الثواب، ولا يهون قدر

---

(١) في ص: في الناس.

(٢) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٢٢) كتاب «الأقضية»، باب: «في القاضي يخطئ»، برقم (٣٥٧٣)، والترمذي (٣/ ٦٠٤) كتاب «الأحكام»، باب: «ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي» برقم (١٣٢٢)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٦) كتاب «الأحكام»، باب: «الحاكم يجتهد فيصيب الحق» رقم (٢٣١٥)، والنسائي في «الكبرى» (٣/ ٤٦١، ٤٦٢) برقم (٥٩٢٢)، والحاكم في «المستدرك» (٤/ ٩٠)، والبيهقي (١٠/ ١١٦، ١١٧) كتاب آداب القضاء»، باب: «إثم من أفتى أو قضى بالجهل»، والشجري في «الأمالي» (٢/ ٢٣٢، ٢٣٤).
قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد بإسناد صحيح على شرط مسلم
قال ابن حجر في «تلخيص الحبير» (٤/ ٣٠٤)، قال الحاكم في «علوم الحديث»: تفرد به الخراسانيون، ورواته مراوذة.
قلت: القول لابن حجر: له طريق غير هذه قد جمعتها في جزء مفرد.
قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٩٨، ١٩٩). رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح.

(٣) سقط في د.

(٤) في ص: سؤال.

(٥) في ص: تعطل.

(٦) في أ: فالقيام.

(٧) في ص: لنفسه.

من يحل محل المسلمين أجمعين في القيام بمهم من مهمات الدين.

وعكس هذا في التعالي ما حكى ابن كج عن بعض الأصحاب: أن القضاء مكروه؛ احتجاجًا بالأحاديث المحذرة، وعبر عنه الزبيلي بأن تركه أولى، أما إذا عرض عليه ذلك وقلنا بعدم تعينه عليه، فقد قال الغزالي: الأولى القبول.

ويمكن حمل ما حكيناه عن الأصحاب على هذه الحالة، وهو الأشبه، وقال البندنيجي وأبو الطيب في حالة عدم الحاجة والخمول: إنه لا يستحب له الدخول فيه، وفي حالتي [الحاجة أو الخمول: يستحب له الدخول.

وعبارة ابن الصباغ][1] وصاحب المرشد في حالة عدم الحاجة والخمول: الأولى عدم الدخول؛ ليتفرغ لتعليم العلم والفتوى، وعلى هذه الحالة يحمل امتناع ابن عمر -رضي الله عنهما- عن القضاء حين دعاه عثمان، وفي حالة الحاجة أو الخمول الأولى الدخول، وحديث عبد الرحمن بن سمرة والذي ذكرناه قبله يدل لما حكاه الغزالي.

وسلك الماوردي في «الحاوي» طريقًا آخر فيما نحن فيه، فقال: للطلب خمسة أحوال: مستحب، ومحذور، ومباح، ومكروه، ومختلف فيه:

فالأول: إذا كانت الحقوق مضاعة بجور أو عجز، والأحكام فاسدة بجهل أو هوى، فيقصد بطلبه حفظ الحقوق وحراسة الأحكام؛ لأن المطلوب به أمر بمعروف ونهي عن منكر، وفي هذه الحالة يستحب له بذل المال؛ لتحصيله أيضًا.

والثاني: إذا قصد بطلبه انتقامًا من أعداء أو مكسبًا[2] بارتشاء؛ لأنه قصد به ما يأثم به، وبذل المال في هذه الحالة [لحصوله][3] محرم أيضًا.

والثالث: إذا قصد به استمداد رزقه من بيت المال، أو استدفاع الضرر به؛ لأن المقصود به مباح، والبذل في هذه الحالة إن كان بعد الولاية لم يحرم على الباذل، وإن كان قبله حرم عليه.

والرابع: إذا طلبه للمباهاة والاستعلاء به؛ لأن المقصود به مكروه؛ قال الله تعالى: ﴿تِلْكَ ٱلدَّارُ ٱلْآخِرَةُ نَجْعَلُهَا لِلَّذِينَ لَا يُرِيدُونَ عُلُوًّا فِى ٱلْأَرْضِ وَلَا فَسَادًا﴾ [القصص: ٨٣]،

---

(١) سقط في د.

(٢) في ص: مكتسبًا، وفي د: تكسبًا.

(٣) سقط في ج.

وفي هذه الحالة بذل المال مكروه -أيضًا - والآخذ آثم في كل الأحوال.

وقد [حكى][١] عن ابن خيران [وابن القاص][٢] وآخرين إطلاق القول بأن البذل محظور، وبأن قضاءه إذا ولي مردود، وحكى الماوردي عند الكلام في قبول الهدايا: أن الباذل إن كان مستغنيًا عن الولاية حرم عليه البذل، وإن كان محتاجًا إليها لم يحرم[٣].

والخامس: إذا طلبه رغبة في الولاية والنظر، فقد اختلف فيه أصحابنا والسلف قبلهم على ثلاثة مذاهب:

أحدها: يكره أن يكون له طالبًا، ويكره أن يجيب إليه مطلوبًا.

[والثاني: يستحب له أن يكون طالبًا، وأن يجيب إليه مطلوبًا][٤].

[والثالث - قال: وهو أعدلها-: يكره أن يكون طالبًا، ويستحب أن يجيب إليه مطلوبًا][٥].

وإذا كان ثم من هو أفضل منه، فالكلام في ذلك يبنى[٦] على صحة تولية القضاء للمفضول مع وجود الفاضل، [وفيه خلاف عند الأصوليين مرتب على الخلاف في انعقاد إمامة المفضول مع وجود الفاضل][٧]، وأولى بالانعقاد، وهو[٨] الذي صححه الرافعي والغزالي، وحكاه الإمام عن الأكثرين، وقال: إنه المختار.

والفرق على هذا بين الإمامة، والقضاء: أن ما يحصل من نقض القاضي الإمام من وراء نظره فينجبر بنظر الإمام، وما فات من فضل الإمام لا جابر له.

وفرق الماوردي: بأن القضاء نيابة خاصة؛ فجاز أن يعمل فيها على اختيار المستنيب، والإمامة ولاية عامة؛ فلم يصح فيها تفريط أهل الاختيار؛ لافتياتهم على غيرهم، فإن قلنا بعدم الانعقاد كان طلبه حرامًا، وكذلك القبول، ويحرم على الإمام التولية، وإن قلنا بالصحة: فإن امتنع الفاضل من القبول فهو كالمعدوم، وإن لم يمتنع فالقبول جائز إن ولي بغير مسألة، والأولى ألا يقبل.

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ج، ص.
(٣) في د: يأثم.
(٤) سقط في أ، د.
(٥) سقط في أ، ج، د.
(٦) في أ، د: ينبني.
(٧) سقط في د.
(٨) في ص: وهذا.

قال[١] البغوي والغزالي: والطلب مكروه.

وعن القاضي الحسين: أن الطلب من الطالب حرام، ويكره للإمام أن يوليه القضاء، فإن ولاه انعقد، ويكره له التقليد إن أمكنه أن يتعلل.

قال الإمام: ودعواه تحريم الطلب [مع تصحيح نصب المفضول خطأ[٢]، وقد [قال:][٣] يكره للإمام أن ينصبه، وحكم الطلب][٤] يتلقى من حكم النصب، ولو كان الموجود في البلد دونه، فإن قلنا: لا تنعقد ولاية المفضول، فقد تعين، وحكمه سبق، وإن قلنا: تنعقد، كان الأولى له القبول؛ لتحصل بذلك المزية للمسلمين، وقيل: يجب إذا قلد من غير مسألة.

قال الرافعي: وهذا الخلاف قريب من الخلاف المذكور فيما إذا امتنع الكل، هل يجبر الإمام أحدهم؟ والأظهر هنا: عدم الوجوب؛ لأنه قد يقوم به غيره.

قلت: بل هو قريب من الخلاف الذي حكيته عن ابن الصباغ وغيره في أن الإمام إذا عين واحدًا ابتداء للقضاء مع مساواته لغيره، هل يجب عليه عينًا؟ ويظهر أن يكون الأظهر هاهنا: الوجوب؛ لامتياز هذا بالفضل الذي [قيل: إنه][٥] سبب التعيين.

وقد قال الماوردي: إذا تكاملت شروط القضاء في جماعة، وكان فيهم طالب للولاية وفيهم ممسك، فالأولى تقليد الممسك، فإن امتنع [لعذر لم يجبر، وإن امتنع][٦] لغير عذر ففي جواز إجباره عليه وجهان، فإذا كان هذا لأجل فضل الامتناع فكيف بك [في][٧] غيره؟!

والطلب جائز بل مستحب، قال الرافعي: [وحيث][٨] استحببنا الطلب والتقليد أو أبحناهما، فذاك عند الوثوق وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الاستشعار فينبغي أن يحذر؛ فإن أهم الغنائم حفظ السلامة.

وبالجملة: فالذي [كان][٩] عليه الشافعي -رضي الله عنه- الامتناع من الدخول فيه، وكذا الصدر الأول من أصحابه، وكذا الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم؛

---

(١) في د: قاله.
(٢) في ج: حرام.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: هو.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في د.

[اقتفاء][(١)] لأثره، حكى القاضي أبو الطيب: أنه [روي أن][(٢)] المأمون كتب إلى الشافعي يستدعيه؛ ليوليه القضاء في الشرق والغرب؛ فأبى، ودعا المزني في مرض موته، ونهاه[(٣)] عن توليه القضاء، وأظهر له كتاب المأمون، وقال: إني لم أظهره لأحد غيرك.

وحكي -أيضًا-: أن أبا القاسم الصيدلاني المقري حدثه، فقال: كنت أمشي [مع][(٤)] أبي بباب الشام، فأراني دكاكين [مختمة][(٥)]، فقال: أبصر هذا؛ حتى تحكي: هذا عقار أبي علي بن خيران، استدعاه ابن الفرات للقضاء؛ فهرب؛ فختم عقاره حتى يظهر.

وروي أن أبا علي بن خيران صاحب أبي العباس ابن سريج كان يعاتب ابن سريج على توليه القضاء، ويقول له: هذا الأمر لم يكن في أصحابنا، إنما كان في أصحاب أبي حنيفة، يعني: أبا يوسف وغيره، وأول من دعي بقاضي القضاة في الإسلام: أبو يوسف، حين ولاه المهدي، ثم أقره الرشيد.

وقد حكي: أن أبا حنيفة -رحمه الله- ممن امتنع من[(٦)] الدخول فيه، حكى القاضي أبو الطيب: أن المنصور استدعى سفيان الثوري وأبا حنيفة وشريكًا؛ فهرب سفيان من الطريق، فعرض على أبي حنيفة [القضاء][(٧)] فامتنع، وقال: أنا لا أصلح له، وعرض على شريك فاعتذر بعلل، فأزاحها وقلده القضاء.

وروى أبو جعفر محمد بن جرير الطبري في «تاريخه الكبير» وغيره: أن المنصور طلب أبا حنيفة -رحمه الله- للقضاء، فأبى، فحلف المنصور ليفعلن، وحلف أبو حنيفة: إنه لا يفعل، فقال له الربيع: يحلف أمير المؤمنين وتحلف أنت؟! فقال: أمير المؤمنين أقدر على كفارة يمينه مني، فحبسه المنصور أيامًا، ثم أحضره، فقال [له][(٨)] أبو حنيفة: يا أمير المؤمنين أنا لا أصلح للقضاء، فإن كنت صادقًا فلا أصلح، وإن كنت كاذبًا فلا أصلح؛ للكذب، فرده إلى الحبس[(٩)]، وضربه بالسياط،

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: ونهى.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: في.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في د، ص.
(٩) في ص: السجن.

فلم يلِ[١]، فأطلقه.

قال ابن أبي الدم: وهذه الرواية الصحيحة، وإلا فقد روي: أنه لما توعده إن لم يلِ[٢]، أجاب؛ فولاه قضاء الرصافة التي بناها المنصور لابنه المهدي، فقعد يومين لم يأته أحد، فلما كان اليوم الثالث حضره رجلان، فادعى أحدهما على الآخر [درهمين][٣] أربعة دوانيق، فأنكره، فطلب يمينه، فقال له: قل: والله، فشرع في اليمين، فلما رأى إقدامه على اليمين دفع إليه ذلك [من ماله،][٤] ثم مرض بعد يومين، ثم[٥] مات بعد ستة أيام، رحمه الله.

وروى الخطيب أبو بكر البغدادي: أن الشافعي -رضي الله عنه- ولي القضاء بنجران من بلاد اليمن يومين أو ثلاثة، ثم حمل إلى بغداد، والصحيح: أن أبا حنيفة والشافعي -رضي الله عنهما- لم يلياه ألبتة.

فائدة - ضمنها تنبيه:

قال الرافعي[٦]: طرق الأصحاب متفقة في تعين[٧] الشخص للقضاء، وعدم تعينه[٨] [على النظر][٩] إلى البلد والناحية لا غير.

قلت: وعليه ينطبق قول أبي الطيب: الذي يجب عليه أن يتولى القضاء رجل ذو علم وأمانة، وليس في البلد غيره؛ فإنه يجب عليه أن يتولى [قضاء][١٠] ذلك البلد.

وقول القاضي الحسين: فإن لم يكن في بلده من يصلح للقضاء، فلا يكره له طلب القضاء، بل يستحب، وإن قيل: يفترض[١١] عليه فرض عين، لم يبعد، وقول الإمام: وإن لم يكن في الناحية من يصلح غيره افترض عليه أن يتعرض.

[قال الرافعي][١٢]: وقضية ذلك ألا[١٣] يجب على من يصلح للقضاء طلب القضاء ببلدة [أخرى لا صالح [له][١٤] فيها، ولا قبوله إذا ولي، وأنه يجوز أن

---

(١) في ص: يقبل.
(٢) في ص: يقبل.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: و.
(٦) في أ: الشافعي.
(٧) في ص، ج: تعيين.
(٨) في ص: تعيينه.
(٩) في ج: بالنظر.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: يفرض.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في ص: أنه لا.
(١٤) سقط في أ، ص.

يفرق][1] بينه وبين سائر[2] فروض الكفايات المحوجة إلى السفر: كالجهاد، وتعلم العلم، ونحوهما؛ فإنه يمكن القيام بتلك الأمور والعود إلى الوطن، وتحمل[3] القضاء لإيجابه له والانتقال إليه[4] هجرة، وترك الوطن بالكلية تغريب.

قلت: وفي هذا نظر؛ لأن ابن الصباغ وغيره قالوا[5]: إذا كان الإمام في بلد، واحتاج بلد آخر إلى قاض - فإنه يلزمه أن يبعث إليهم قاضيًا؛ لأنه لا غنى بهم[6] عنه، ولا يكلفون المصير في خصوماتهم[7] إلى بلد الإمام، وقد بعث رسول الله ﷺ عليًّا إلى اليمن قاضيًا، وإذا كان بعث القاضي على الإمام متعينًا، فلا بد من مبعوث يجب عليه المضي، وحينئذ فيعود الكلام إلى تعينه[8]؛ لكونه لا صالح له غيره، أو كونه[9] فرض كفاية [لصلاحية جمع][10] له، وأيضًا فإن الإمام لو ولي البلد لواحد من غيرها مع وجود صالح فيها صح، وهذا يمنع حقيقة التعين[11] لو كان التصوير خاصًّا بما ذكره، والله أعلم.

قال: ويجوز أن يكون في البلد قاضيان فأكثر[12]، [**ينظر كل واحد منهم**[13] **في موضع**؛ لأن نيابة القاضي عن الإمام فكانت على][14] حسب الاستنابة؛ كالوكالة، ولا فرق بين أن يكون ذلك في غير بلد الإمام، أو في بلده؛ كما جرت به العادة ببغداد، وإذا جاز ذلك في البلد الواحد؛ ففي البلاد أولى أن يجعل لكل بلد قاض، وهذا بخلاف الإمامة؛ حيث لا يجوز أن يكون في كل ناحية إمام مع القدرة على شمول[15] نظره الناحيتين اتفاقًا؛ لأن القصد ثم جمع الكلمة، ولا يحصل مع الافتراق.

قال الماوردي: وإذا ولي[16] في بلد قاضيان [كان][17] كما إذا ولي في جانب

(١) سقط في د.
(٢) في أ: القيام بسائر.
(٣) في ص: وعمل.
(٤) في أ: له.
(٥) في أ: قال.
(٦) في ص: لهم.
(٧) في أ، د، ص: خصائصهم.
(٨) في ص، ج: تعيينه.
(٩) في أ: لكونه.
(١٠) في ص: لصاحبه.
(١١) في ص: التعيين.
(١٢) في التنبيه: وأكثر.
(١٣) في التنبيه: منهما.
(١٤) سقط في د.
(١٥) في د: قبول.
(١٦) في ص: كان.
(١٧) سقط في د.

مُضَر من البصرة واحد، وفي جانب ربيعة منها [آخر][١] - نظر كل واحد في جانبه بين أهله دون الطارقين إليه، ولا يتعداهم، وفيه نظر إن صحت النسخ. هكذا قال، ولو تحاكم من الجانبين رجلان، فدعا كل واحد منهما إلى قاضي جانبه - نظر: فإن كانا عند التنازع قد اجتمعا في أحد الجانبين أجيب قول من [هو في جانبه][٢]، طالبًا كان أو مطلوبًا، وإن كان كل واحد منهما في جانبه، فليس لواحد[٣] منهما أن يجبر الآخر على المحاكمة إلى قاضيه.

فرع: لو كان بين الجانبين موضع مشترك بينهما، روعي الأغلب عليه في إضافته إلى أحدهما، ويجعل داخلًا فيه، فإن استوى الأمران دخل في ولاية[٤] قاضي كل جانب ما كان أقرب إليه من غيره.

وقد احترز الشيخ بقوله: ينظر كل واحد منهما في موضع، عما إذا ولي قاضيان في بلد، لينظر كل واحد منهما فيه بين جميع أهله، إما بشرط عدم الاستقلال دون مراجعة صاحبه، أو مع الاستقلال؛ فإن الأصحاب متفقون على عدم الصحة عند اشتراط اجتماعهما على القضاء؛ لأن اختلاف الاجتهاد غالب والتقليد ممتنع؛ فيؤدي إلى بقاء الخصومات واستمرار المنازعات، واختلفوا في الصحة عند إثبات الاستقلال [لكل واحد][٥] على وجهين:

أصحهما - عند الإمام في «الغياثي»: المنع، وعلى ذلك ينطبق قول مجلي: إن الأصحاب صححوه. واختاره في «المرشد»؛ لإفضاء ذلك إلى التشاجر والتنازع عند الترافع؛ لعدم مزية أحدهما على الآخر، وخالف ما إذا كان الإمام في بلد وولى قاضيًا فيه، أو[٦] استخلف القاضي نائبًا؛ فإن المنازعة مرتفعة؛ لترجيح دعوى طالب الأصل؛ كما أشار إليه الإمام في «النهاية»، وسيأتي حكاية مثله عن الماوردي عند الكلام في الاستخلاف.

والثاني - وهو ما ادعى الماوردي أنه قول الأكثرين، وصححه الرافعي وابن أبي الدم، وقال في «البحر»: إن الشافعي نص عليه-: الجواز؛ لأنها استنابة كالوكالة.

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) في ج: دعى إليه.
(٣) في ص: لكل واحد.
(٤) زاد في أ، د، ص: كل.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ص، د: و.

وعلى الوجهين فرعان:

أحدهما: إذا قلنا بالمنع، قال الرافعي والماوردي وغيرهما: فلو جمع بينهما في التقليد بطلت ولايتهما، وإلا صحت ولاية الأول، وبطلت ولاية الثاني.

قلت: والأشبه: بناء ذلك على أن الإمام إذا عزل [القاضي](١) من غير مستند، هل ينعزل؟ وفيه كلام سنذكره عند قول الشيخ: «فإن مات القاضي الكاتب»، فإن قلنا: إنه لا ينعزل، فالأمر كما قالوه؛ لأنه شبيه في هذه الحالة بالإمام، وإن قلنا: إنه ينعزل، وهو ما أورده الماوردي وغيره - كما سنذكره - فينبغي أن تكون ولاية القاضي الثاني صحيحة، متضمنة لعزل الأول، ويشهد لذلك أمران:

أحدهما: ما حكاه الماوردي من أن الإمام إذا ولى شخصًا إقليمًا يعجز عن النظر في جميع نواحيه، فإن له أن يقلد فيه من ينظر فيه، وكذلك الإمام، فإذا ولى الإمام فيه شخصًا انعزل الأول عن تلك البقعة.

والثاني: أن البائع إذا باع المبيع في زمن الخيار من آخر صح بيعه للثاني، وكان فسخًا للعقد الأول على الصحيح؛ كما ذكرناه في موضعه؛ لأن العقدين لا يمكن اجتماعهما في الصورتين(٢)، بل العزل هنا أولى من الفسخ ثم؛ لأن البيوع [الأصل](٣) فيها اللزوم، فالقدرة فيها على الفسخ على خلاف الأصل، والقضاء على الوجه الذي عليه نفرع عقد جائز؛ كالوكالة، فتطرق الرفع إليه من مقتضاه.

ومما يؤيد صحة البناء الذي ذكرته: أن الرافعي حكى عند الكلام في العزل عن بعض الشروح ذكر وجهين: في أن تولية قاض بعد قاض، هل تكون عزلًا للأول أم لا؟ ثم قال: وليكونا مبنيين على أنه هل يجوز أن يكون في البلد قاضيان؟ وهذا عين المدعى.

الثاني من الفرعين: إذا قلنا بالجواز، فإذا اتفق ذلك، قال الماوردي عند الكلام في العزل: إن اقترن بتقليد الثاني شواهد عزل الأول انعزل بتولية الثاني، وإلا كانا شريكين في النظر، وفي هذه الحالة إذا استحضر رجلان شخصًا كل منهما إلى قاض أجاب من سبق داعيه، فإن جاءا معًا أقرع بينهما. قاله القاضي الحسين والإمام وغيرهما.

---

(١) سقط في ص.

(٢) في ص: الموضعين.

(٣) سقط في ص.

وقد نسب هذا للشيخ أبي علي، وفي بعض الكتب: أن في «الذخائر»: أنهما إذا جاءا معًا قدم بالقرب، فإن استويا في القرب فالقرعة، ولم أره. كذا.

ولو اختلف الخصمان في التجاذب إلى كل واحد من القاضيين، أطلق الغزالي تحكيم القرعة، وفي «الحاوي»: أنه يغلب جانب الطالب، فلو كان كل منهما طالبًا ومطلوبًا رجح جانب الأقرب من القاضيين، فإن استويا في القرب فوجهان:

[أحدهما - وهو الأظهر][(١)] في «الرافعي»-: القرعة.

والثاني: يقطع التنازع بينهما حتى يتفقا على الرضا بأحدهما.

فرع: إذا أطلق الإمام نصب اثنين، ولم يشترط عليهما الاجتماع، ولا صرح بالاستقلال - فعن صاحب «التقريب»: أنه يحمل على [إثبات][(٢)] الاستقلال؛ تنزيلًا للمطلق على ما يجوز، وعن غيره: أن التولية فاسدة، ما لم يصرح بالاستقلال.

واعلم أنه كما يجوز [نصب[(٣)] قاضيين في بلد كل [منهما][(٤)] في جانب، يجوز نصبهما فيه على][(٥)] أن يحكم كل منهما في أيام معينة من كل أسبوع [أو من أسبوع واحد، وتبقى الولاية في الحالة الأولى مستمرة على النحو المشروط،][(٦)] وتنقطع بمضي المدة المعينة في الثانية، ولو أطلق الولاية حملت على الأسبوع الأول لا غير، ولا يجوز لواحد منهما أن يحكم في غير نوبته، وعن القاضي ابن كج حكاية وجه فيما إذا قال: قلدتك القضاء سنة، أن التولية تبطل كما في الإمامة، والظاهر: الأول؛ تشبيهًا بالوكالة، ولو كان كالإمامة لما جاز تخصيصه ببعض الأمور.

وقد قال الأصحاب: إنه لو فوض[(٧)] لأحدهما الحكم بين من يرد داره أو مسجده من الخصوم وللآخر مثل ذلك، أو فوض[(٨)] لأحدهما الحكم بالإقرار دون البينة، وللآخر عكس ذلك، أو فوض لأحدهما الحكم بين الرجال، وللآخر الحكم بين النساء، أو لأحدهما الحكم بين العرب، وللآخر الحكم بين العجم - جاز، وفي

---

(١) في ج: أظهرهما.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ص: أن ينصب.
(٤) سقط في أ، ص.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: فرض.
(٨) في ص: فرض.

الحالة الأخيرة لو كان [في العجم][1] موالٍ للعرب، ففي أحق القاضيين بالنظر في أحكامهم وجهان مبنيان على الخلاف في موالي ذوي القربى، هل يحرم عليهم من الصدقات ما يحرم على ذوي القربى أم لا؟

وإذا وقع التنازع بين رجل وامرأة في الصورة السابقة على الأخيرة، أو بين عربي وعجمي في الصورة الأخيرة - فقد أطلق القاضي الحسين والإمام قبيل كتاب القسام: أن واحدًا من القاضيين لا يفصل بينهما الخصومة.

وقال [القاضي الماوردي][2] في «الحاوي»: إن لهما حالتين.

إحداهما: أن يتفقا على التحاكم إلى قاضي أحدهما، فإن[3] كان ذلك قاضي المطلوب نفذ حكمه فيهما؛ لأنه مندوب إلى استيفاء الحقوق من أهل نظره، وإن كان قاضي الطالب ففي نفوذ حكمه وجهان مخرجان من قولي التحكيم.

والحالة الثانية: أن يتجاذب[4] المتنازعان ويدعو كل [واحد][5] منهما إلى قاضيه - ففيه وجهان: أحدهما:

يوقف[6] تنازعهما حتى يتفقا على أحد القاضيين، ويكون الحكم كما تقدم.

والثاني: يجتمع القاضيان على سماع الدعوى، فإن امتنعا أثما وأجبرا عليه، وتفرد بالحكم قاضي المطلوب، فإن اقتضى الحكم سماع البينة تفرد بسماعها قاضي المشهود عليه، وإن وقف[7] الحكم على يمين استوفاها قاضي الحالف[8]؛ ليكون الحكم في الأحوال[9] كلها نافذًا من قاضي المطلوب دون الطالب.

قال: ولا يصح القضاء، أي: وإن تعين على شخص لتفرده في عصره [بشروطه][10]، إلا بتولية الإمام أو من فوض إليه الإمام[11]، أي: التولية إما بالتصريح، أو لدخولها في عموم ولايته، كما سنذكره، ووجهه: أنه ولاية لحق المسلمين، وهو من الأمور العظام؛ فاحتيج فيه إلى نظر الإمام، ولأن الولاية عقد،

---

(١) في ص: للعرب.
(٢) سقط في أ، د، ص.
(٣) في أ: وإن.
(٤) في ص: يتبادر.
(٥) سقط في أ، ج، ص.
(٦) في ص: يتوقف.
(٧) في أ: توقف.
(٨) في ص: الحلف.
(٩) في ص: الأحكام.
(١٠) سقط في ج.
(١١) زاد في ص: ذلك.

والعقد يفتقر إلى عاقد، فاختص به الإمام ونائبه؛ لأنه الناظر للمسلمين، وهذا بخلاف من تعينت عليه[(١)] الإمامة؛ فإن من فقهاء العراق والمتكلمين من [قال][(٢)] بحصول الإمامة له بالتعين من غير عقد، وفرقوا بأن القضاء نيابة خاصة، يجوز عزل القاضي عنها بعد التولية مع بقائه على صفته بخلاف الإمامة.

قال الماوردي: وقد شذ بعض أهل المذهب، فسوَّى بين الإمامة والقضاء في انعقادهما عند التعين من غير عاقد، والجمع بينهما في الصحة أفسد، وفي البطلان أصح.

قلت[(٣)]: والقائل بالتسوية يجوز أن يكون هو القائل بعدم انعزال القاضي بالعزل مع بقائه على صفة القضاء كما سنذكره؛ لانتفاء الفارق عنده.

ثم لا فرق عند الرافعي والبغوي فيمن فوض إليه تولية القضاء بين أن يكون أهلًا للقضاء أو لا؛ لأنه سفير.

وفي «الحاوي» و«البحر»: أنه لو رد إلى امرأة تقليد قاض، لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن تكون والية، فلا تكون مولية. وهذا يقتضي أن يكون المولي بصفة من يصلح[(٤)] للقضاء، وقد اتفقوا على أنه لو رد إلى امرأة[(٥)] اختيار قاض، جاز؛ لأن الاختيار اجتهاد، فجاز لها كالفتوى.

وإذا علمت انحصار تولية القضاء فيمن ذكرناه، عرفت أن تولية القضاء فرض على الإمام عينًا في كل ناحية أو بلد عرف أنها خالية عن القاضي: إما بأن يبعث إليهم قاضيًا من عنده، أو يختار منهم من يصلح لذلك.

قال الماوردي: ولا يجوز أن يتوقف حتى يسأل؛ لأنها من الحقوق المسترعاة، فإن عرف حال من يوليه علمًا وعدالة فذاك، وإلا أحضر أهل العلم، واختار منهم واحدًا بعد معرفة علمه بالاختيار، وعدالته بسؤال خلطائه والجيران.

وقال: إنه يكفي [في][(٦)] معرفة صلاحيته الاستفاضة، وكذا شهادة شاهدين بتكامل شروط القضاء فيه، ويختبره المولي ليتحقق لاختياره صحة معرفته. وهل يكون

---

(١) في أ: فيه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: قال.
(٤) في ص: يصح.
(٥) في د: المرأة.
(٦) سقط في أ.

اختياره بعد الشهادة واجبًا أو مستحبًّا؟ فيه وجهان، ولو ولاه قبل المعرفة بحاله لم تنعقد، وإن ظهرت أهليته بعد ذلك.

قال الرافعي وغيره: قال الماوردي: وقد تكون التولية في حق غيره فرض عين أيضًا، وهو ما إذا ولى الإمام شخصًا قضاء إقليم، وكان يعجز عن النظر [في جميع النواحي؛ فإنه يجب عليه عينًا تقليد القضاء فيما [إذا عجز](1) عن مباشرته(2) إذا كان بعيدًا عن نظر الإمام، وإن كان قريبًا منه كان فرض التقليد مشتركًا بينه وبين الإمام، ومتعينًا(3) عليهما دون غيرهما، فأيهما انفرد بالتقليد سقط فرضه عنهما، ولكن الإمام إذا ولى كان عزلًا للقاضي عن ذلك المحل(4)، إلا أن يصرح في التقليد باستنابته [عنه](5)، وفي هذه الحالة، هل يجوز [للقاضي](6) عزله؟ فيه وجهان.

وهذا كله إذا كان للأمة(7) إمام، فلو خلا الزمان عنه وعن سلطان ذي نجدة واستقلال وكفاية ودراية، فقد أطلق الإمام في «الغياثي» القول بأن الأمور موكولة إلى العلماء، وأنه حق على الخلائق على اختلاف طبقاتهم أن يرجعوا إلى علمائهم، ويصدروا في جميع قضاء الولايات عن آرائهم، فإن فعلوا ذلك صار العلماء ولاة العباد، فإن عسر جمعهم على واحد استقل أهل كل صقع وناحية باتباع علمائهم، وإن كثر العلماء في الناحية فالمتبع أعلمهم، فإن فرض استواء - على نُدُور - فإن اتفقوا على تقديم واحد فذاك، وإن تنازعوا، وأفضى الأمر إلى خصام وشجار(8) - فالوجه عندي: الإقراع؛ فمن خرجت له القرعة قدم.

وفي «الحاوي»: أنه إن خلا بلد عن قاض، ولم يمكن أهله أن يتحاكموا إلى حاكم بأقرب البلاد إليهم، وخلا العصر عن إمام، وكان لا يرجى تولية إمام بعد زمان قريب، فقلد جميع أهل الاختيار منهم، أو بعضهم - وقد ظهر رضا الباقين بالسكوت وعدم الاختلاف - [شخصًا](9) وأمكنهم نصرته وتقوية يده - كان تقليده جائزًا؛ حتى لا يتغالبوا على الحقوق، ولو انتفى شيء من ذلك لم يجز، حتى لو قلد بعض أهل

(1) في أ: يعجز.
(2) في أ، ص: مباشرة النظر فيه.
(3) في د: ويتعين.
(4) في د: المولى.
(5) سقط في ج.
(6) سقط في ص.
(7) في د: للإمامة.
(8) في ص: تشاجر.
(9) سقط في ص.

الاختيار وأنكر البعض لم يصح، وإن كان لا يضر [مثل][1] ذلك في عقد الإمامة[2]، والفرق: أن ولاية الإمام عامة في جميع البلاد التي [لا][3] يمكن اجتماع أهلها على الاختيار؛ فسقط اعتبار الاجتماع لتعذره، وولاية القضاء [على بلد واحد][4] يمكن اجتماع أهل الاختيار عليه؛ فلزم اعتبار اجتماعهم لأحكامهم، اللهم إلا أن[5] يكون للبلد جانبان، فرضيه أهل أحد الجانبين دون الآخر؛ فإنه يصح ولايته في الجانب الذي رضي أهله قضاءه، ويكونان كالبلدين، وإذا صحت ولايته لزمت أحكامه طوعًا وكرهًا، فلو تجدد إمام[6] لم ينقض[7] له حكمًا، وله[8] عزله، ولم يجز للقاضي أن يستأنف النظر إلا بعد إذن الإمام، بخلاف ما لو كان المولي له إمامًا، ثم تولى غيره؛ فإنه لا يلزمه استئذانه.

قال: والفرق: وجود الضرورة في تقليد أهل الاختيار وعدمها في تقليد الإمام، وهذا منه بناء على أن القاضي لا ينعزل بموت الإمام؛ كما هو الصحيح، وسنذكر خلافًا فيه.

قال: ولو أذن له الإمام جاز نظره، وقام مقام التقليد، وإن لم يجز الاقتصار على الإذن في الولايات المستجدة؛ لما تقدم لهذا[9] القاضي من شروط التقليد؛ فكان[10] أخف.

واعلم أن كلام الشيخ في هذا الفصل يتعلق به أمور لا بد من ذكرها:

الأمر الأول - صفة العقد:

وهي بالقول مع الحضور، وبالمكاتبة مع الغيبة للضرورة.

قال في «الحاوي»: ولا يجوز أن يقتصر على المكاتبة مع الحضور. وقال في «الأحكام»: إن تولية القضاء تنعقد بما تنعقد به الوكالة.

قال الرافعي: ويجيء في المكاتبة والمراسلة خلاف مما مَرَّ في الوكالة.

ثم صريح ما تنعقد به من جهة المولي أربعة ألفاظ: قلدتك القضاء، وليتك القضاء،

---

(١) سقط في ص.
(٢) في د: الأمانة.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في ج.
(٥) زاد في د: لا.
(٦) في د: غيره.
(٧) في ص: ينتقض.
(٨) في ص: ولو.
(٩) في ص: هذا.
(١٠) في ج، د، ص: وكان.

استخلفتك على القضاء، استنبتك على القضاء؛ كذا قاله في «الحاوي».

وألحق الرافعي بذلك التفويض بصيغة الأمر؛ كقوله: اقض بين الناس، أو: احكم ببلدة كذا؛ كما في الوكالة.

والكنايات في ذلك أربعة - أيضًا-: قد اعتمدت عليك في القضاء، عولت عليك في القضاء، عهدت إليك القضاء، وكلت إليك القضاء. فإن اقترن بأحدها ما يزيل الاحتمال؛ كقوله: فاحكم، أو فانظر - انعقد؛ كما في الصريح، وإلا فلا.

وقد اختلف في أربعة ألفاظ، هل هي صريحة أو كناية؟ على وجهين، وهي: قد عرضت عليك القضاء، رددت إليك القضاء، جعلت إليك القضاء، أسندت إليك(١) القضاء. وأصح الوجهين: أنها كناية، وقد عد في «الأحكام» من جملة الكنايات - كما قال الرافعي - ولم أره [كذا](٢): فوضت إليك القضاء. ثم قال [الرافعي](٣): ولا يكاد يتضح(٤) فرق بين أن يقول: وليتك القضاء، وبين أن يقول: فوضت إليك.

ولا بد من قبول المولى بالقول إن كان حاضرًا على الفور، فيقول: قبلت، أو: تقلدت، وإن كان غائبًا جاز أن يكون قبوله على التراخي، فإن شرع في النظر قبل القبول فهل يكون شروعه فيه قبولًا؟ فيه وجهان.

قال الرافعي: وقد سبق في الوكالة خلاف في أنه هل يشترط القبول؟ وذكرنا أنه إن كان شرطًا، فالأظهر: أنه لا يعتبر الفور، فليكن هاهنا كذلك، وقد اعتبر الماوردي في صحة القبول شرطين:

أحدهما: أن يعلم استحقاق المولي لما استنابه فيه، فإن لم يعلم ذلك لم يصح قبوله.

وفي «الرافعي»: أن في بعض الشروح: أن القاضي العادل إذا استقضاه أمير باغ أجابه إليه؛ لأن عائشة -رضي الله عنها- سئلت عن ذلك ما استقضى زياد؟ فقالت: إن لم يقض لهم خياركم قضى لهم شراركم.

وحكى الماوردي [في «الأحكام»](٥) فيه مذهبين؛ حيث قال: وقد اختلف في جواز الولاية من قبل الظالم:

---

(١) في ص: عليك.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في د، ص.
(٤) في د: يصح.
(٥) سقط في ج.

فذهب قوم إلى جوازها؛ لأن يوسف -عليه السلام- تولى من قبل فرعون؛ ليكون بعدله دافعًا لجوره.

وذهبت طائفة أخرى إلى حظرها، والمنع من التعرض لها؛ لما فيها من معونة الظالمين، وتزكيتهم بالتقليد، وأجابوا عن ولاية يوسف من قِبَل فرعون بجوابين:

أحدهما: أن فرعون يوسف كان صالحًا، وإنما الطاغي فرعون موسى.

والثاني: أنه نظر له في أملاكه دون أعماله.

والشرط الثاني: أن يعلم المولى من نفسه أنه استكمل الشرائط المعتبرة في القضاء، فإن علم أنه لم يستكملها لم يصح قبوله، وكان بقبوله مجروحًا.

الأمر الثاني - المحل الذي قلد قضاءه:

فلا بد من تعيينه، كقوله[(١)]: قلدتك قضاء البصرة؛ [فلو قال: قلدتك قضاء البصرة][(٢)] أو الكوفة، أو [قضاء][(٣)] أي بلد شئت، أو أي بلد رضيك أهله - كان التقليد فاسدًا؛ للجهل بالعمل. وإذا قلد [قضاء][(٤)] بلد، وأمسك عن ذكر نواحيها وأعمالها، فيعتبر في أعمالها العرف: فإن كان جاريًا بإفرادها عنه لم تدخل في ولايته[(٥)]؛ كما لو صرح بعدم دخولها، وإن كان العرف جاريًا بإضافتها إليه دخلت في ولايته؛ كما لو صرح بذلك، وإن اختلف العرف في إفرادها وإضافتها روعي أكثرهما عرفًا، فإن استويا روعي أقربهما عهدًا، قاله الماوردي، رحمه الله.

الأمر الثالث - تعيين المولى بعد معرفة حاله كما ذكرنا:

فلو قال: وليت أحد هذين، أو من يرغب في القضاء ببلد كذا من علمائها - لم يجز.

وعن القاضي ابن كج حكاية وجهين فيما لو قال لأهل بلدة: اختاروا رجلًا منكم وقلدوه القضاء، و[أن][(٦)] أشبههما: الجواز، ولو قال: فوضت إلى فلان وفلان، فهذا نصب قاضيين.

قال: وإن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء، فحكماه في مال - ففيه قولان:

---

(١) في ص: كقولك.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في د.
(٥) في ص: توليته.
(٦) سقط في ص.

أحدهما: [أنه](١) **لا يلزم**(٢) **ذلك الحكم إلا أن يتراضيا به بعد الحكم.**

هذا الفصل ينظم حكمين:

أحدهما: بطريق التضمن، وهو جواز التحكيم في الأموال جزمًا.

والآخر: بالتصريح، وهو بيان وقت لزوم الحكم.

فأما الأول: فوجهه أَنَّ عُمَرَ وَأُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ تَحَاكَمَا إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ فِي نَخْلٍ(٣)، وَعُثْمَانُ وَطَلْحَةُ تَحَاكَمَا إِلَى جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ -رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ-(٤) وَلَمْ يُنْكِرْهُ أَحَدٌ؛ فكان إجماعًا، وهذا ما حكاه الماوردي عند الكلام في هذه المسألة، والعراقيون حتى [قال](٥) البندنيجي في كتاب اللعان: إن المذهب لم يختلف في ذلك.

وسواء كان في البلد حاكم أو لم يكن؛ كما صرح به البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما.

وحكى المراوزة والزبيلي عن الشافعي -رضي الله عنه- في صحة التحكيم قولين، وقد [أشار إليهما الماوردي عند الكلام في تحاكم(٦) عربي وعجمي وقد](٧) نصب للعرب قاضٍ وللعجم قاضٍ كما حكيناه. [ثَمَّ](٨) قال الرافعي: و(٩) الإمام والغزالي [رأيا](١٠) تضعيف الجواز. ووجهوا(١١) مقابله بأن في التجويز عزلًا للحاكم وافتياتًا على الإمام، وأجاب القائل به عن فعل عمر وعثمان -رضي الله عنهما- بأنهما كانا إمامين، فإذا ردا إلى من يحكم بينهما وبين منازعهما(١٢) صار ذلك حاكمًا، وعلى هذا ففي محل القولين طرق:

أحدها: [إن كان في البلد قاض، فإن لم يكن جاز قولًا واحدًا.

والثاني](١٣): إذا لم يكن في البلد قاض، فإن كان لم يجز قولًا واحدًا.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: يلزمه.
(٣) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٣٦) كتاب آداب القاضي، باب: إنصاف الخصمين في المدخل عليه والاستماع منهما والإنصاف لكل واحد منهما حتى تنفذ حجته وحسن الإقبال عليهما.
(٤) أخرجه البيهقي (٥/ ٢٦٨) كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة.
(٥) سقط في د.
(٦) في أ: الحاكم.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ص.
(٩) زاد في أ، د: أي: وفي ص: مال.
(١٠) سقط في أ، د، وفي ص: إلى.
(١١) في ص: وجوزوا.
(١٢) في ص: من ينازعهما.
(١٣) سقط في د.

والثالث - وهو أظهر في «الرافعي»-: إجراؤهما في الحالين.

والصحيح في «الكافي» وعند الجمهور: ما جزم به العراقيون، وقال الإمام في «الغياثي»: إنه متجه في القياس، ومن قال به قال: ما ذكر[١] من[٢] الاعتذار من تحكيم عمر وعثمان -رضي الله عنهما- [لا يصح؛ لأنه لم ينقل عنهما][٣] أكثر من الرضا بحكمه خاصة، وذلك لا يصير به حاكمًا؛ كذا قاله ابن الصباغ وغيره، وأيضًا: فإن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب حكما عبد الرحمن بن عوف في الإمامة بعد انحصارها فيهما؛ كما ذكرناه في باب أدب السلطان، فحكم لعثمان، وانعقدت بذلك إمامته، وإذا جاز ذلك في الإمامة ففي الأموال أولى، وقد روي أَنَّ وَفْدًا قَدِمُوا[٤] عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ وَفِيْهِمْ رَجُلٌ يُكَنَّى أَبَا الحَكَمِ، فَقَالَ: «لِمَ كُنيتَ أَبَا الحَكَمِ؟ فَقَالَ: لِأَنَّ قَوْمِي يُحَكِّمُونَنِي بَيْنَهُمْ فَأَحْكُمُ[٥]. فَلَمْ يَرُدَّ عَلَيْهِ ﷺ وَلَا نَهَاهُ»[٦].

وأما الثاني - وهو [وقت][٧] لزوم الحكم- ففيه قولان كما قال:

أحدهما: أنه لا يلزم ذلك الحكم إلا أن يتراضيا به بعد الحكم؛ لأنه لما وقف على اختيارهما في الابتداء؛ وجب أن يقف على اختيارهما في الانتهاء، وهذا ما اختاره المزني.

والثاني: أنه يلزم بنفس الحكم؛ لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَاضِيًا[٨] بِهِ، فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللهِ»[٩]؛ فكان الوعيد دليلًا على لزوم حكمه؛ كما قال في الشهادة: ﴿وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ فدل الوعيد على لزوم [الحكم][١٠] بشهادته، ولأن من جاز حكمه، لزم [حكمه][١١]؛

(١) في د: ذكره.
(٢) في أ: عن.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ، ص: قدم.
(٥) في ص: فلم أحكم.
(٦) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١١/ ١٣٣).
(٧) سقط في ص.
(٨) في ص: بتراضيهما.
(٩) ذكره الحافظ في التلخيص (٤/ ٤٥٢) وقال: أخرجه ابن الجوزي في التحقيق قال: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره، وتعقبه صاحب التنقيح فقال: هي نسخة باطلة كما صرح هو به في الموضوعات، وبالغ في الحط على الخطيب؛ لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في ج.

كالمولى من جهة الإمام، وهذا ما قاله الكوفيون[(١)] وأكثر أصحابنا؛ كما حكاه الماوردي هنا، وعَنَى البصريين، وقال في كتاب اللعان: إنه أشبه. وصححه في «الكافي» و«المرشد» والنواوي، وما قاله الأول فقد أبطل [بتصرف][(٢)] الوكيل والشريك؛ فإنه لازم وإن كان ثبوته بالرضا.

والقولان منصوصان في «اختلاف العراقيين»، وقد حكاهما الإمام [وجهين][(٣)] عن رواية العراقيين.

قال: فإن رجع فيه أحدهما قبل أن يحكم، [أي:][(٤)] وبعد الشروع فيه، وقلنا بلزوم الحكم بنفسه، كما قاله البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما - فقد قيل: يجوز؛ لأن الحكم إنما يلزم على هذا إذا وجد الرضا حالة الحكم، ولم يوجد؛ فأشبه ما لو رجع فيه قبل الشروع.

وقيل: لا يجوز؛ لأن اشتراط اختيارهما بعد الشروع فيه يفضي إلى ألا يلزم بالتحكيم[(٥)] حكم؛ فإن أحدهما لا يعجز إذا رأى توجه الحق عليه أن يرجع فيصير التحكيم[(٦)] لغوًا، وقد استبعد الإمام هذا، واختاره في «المرشد»، والوجهان في «الشامل» منسوبان إلى تخريج الإصطخري، وفي «الحاوي» نسبة المنع إلى روايته، وفي «تعليق» البندنيجي أنه قال: فيه وجهان.

قال: وإن تحاكما إليه في النكاح، أي: في إثباته وإثبات أحكامه، واللعان، أي: ليلاعن بينهما؛ كما قاله الماوردي [في اللعان][(٧)]، بسبب الحد كما قاله المتولي ثم، والقصاص وحد القذف، أي: بسبب إثباته - فقد قيل: [يجوز][(٨)]؛ لأن من صح حكمه في الأموال صح حكمه في جميع الأحكام؛ كالمولى من جهة الإمام، وهذا [ما][(٩)] حكاه ابن الصباغ وأبو الطيب عن الأكثرين، وهو أصح عند النواوي وصاحب «المرشد»، وبه جزم في «الكافي»، وقال البندنيجي: إنه أقيس.

قال البغوي: وهو جارٍ في كل ما يجوز للحاكم أن يحكم فيه، وعلى هذا يظهر أن

---

(١) في أ: البغداديون.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ص.
(٥) في د: بالتحكم.
(٦) في د: الحكم.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) سقط في د، ص.

يقال: لا فرق عند العراقيين بين أن يكون في البلد حاكم أو لا، وإن[1] في وقت لزوم[2] الحكم القولين كما اقتضاهما[3] كلام ابن الصباغ.

وقيل[4] **لا يجوز**[5]؛ لأن هذه الأحكام غلظ فيها الشرع[6]، فاحتيط لها[7]، وهذا الوجه جريانه في الحدود من طريق الأولى، وقد ادعى البغوي أنه المذهب فيها، ولم يحك في «الكافي» سواه.

والقائل بمنع التحكيم فيما ذكرناه يجوزه فيما عداها[8]؛ كما قاله ابن شداد في «الأحكام»، ومجلي، وعليه ينطبق قول الزبيلي: إنه يجوز التحكيم في سائر الحكومات إلا في النكاح واللعان والحدود.

وفي «التهذيب» أن منهم من قال: لا يجوز إلا في الأموال؛ لأن حكم المال أخف من حكم غيره.

وفي «الحاوي» في كتاب اللعان: أن أبا القاسم الداركي كان يقول: يجوز التحكيم في اللعان عند عدم الحاكم، ولا يجوز [مع][9] وجوده؛ اعتبارًا بالضرورة، وأن الخلاف فيه مبني على أن حكم الحاكم يلزم من غير رضا بعد الحكم، أو لا بد من [الرضا؟ فعلى الأول: يجوز، وعلى الثاني: لا؛ لأن حكم اللعان لا يقع إلا لازمًا، ولا يقع على][10] التراضي، ولا يصح فيه العفو والإبراء كالحدود، وفي طريقة المراوزة

---

(١) زاد في د: كان.
(٢) في د: لزم.
(٣) في ص: اقتضاه.
(٤) في التنبيه: وقيل: على قولين.
(٥) قوله: وإن تحاكما إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه في مال، ففيه قولان، ثم قال: فإن تحاكما إليه في النكاح واللعان والقصاص وحد القذف، فقد قيل: يجوز، وقيل: لا يجوز. انتهى.
واعلم أن ما ذكره هاهنا في حكاية لفظ الشيخ تبع فيه ابن يونس شارح «التنبيه»، وهو مخالف لما في «التنبيه»، فإن في أكثر نسخه فقد قيل: يجوز.
وقيل: لا يجوز.
وقيل: على قولين، وفي بعضها، فقد قيل: لا يجوز، وقيل: على قولين، وهذه النسخة أقرب إلى الصواب، فإن الأولى ظاهرها يقتضي ثلاث طرق، إحداها قاطعة بالجواز، وكيف يستقيم القطع به مع حكاية قولين في المال؟! فينبغي تأويله على حكاية طريقين، إحداهما حاكية لوجهين، والثانية لقولين. [أ و].
(٦) في أ: الشروع.
(٧) في د: فيها.
(٨) في د: عداهما.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في د.

ترتيب الخلاف [في النكاح على الخلاف في الأموال، وأولى بمنع الحكم[(١)] فيه، وترتيب الخلاف][(٢)] في العقوبات على الخلاف في النكاح، وأولى بمنعه - أيضًا - وهو عندهم فيما عدا الأموال وجهان.

ولو كان الترافع في النكاح لأجل العقد؛ كما إذا حضرت إليه امرأة لا ولي لها، وخاطبها، ورضي بأن يعقد لهما - ففي «الحاوي»: أنهما إن كانا في دار الحرب أو في بادية لا يصلان إلى حاكم، جاز تحكيمهما، وتزويج المحكم لهما، وإن كانا في دار الإسلام، وحيث يقدران فيه على الحاكم[(٣)] - كان في جوازه وجهان على ما ذكرنا. يريد: أنا إن لم نجوز التحكيم في [غير][(٤)] الأموال أو فيها [مع وجود][(٥)] الحاكم لم يجز، وإلا جاز[(٦)] عند فقد الولي، وهذا ما حكي عن [القاضي][(٧)] الروياني أنه صححه، وأنه اختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني وأبي طاهر[(٨)] الزيادي.

قال الرافعي: وليكن الخلاف في اشتراط فقد الحاكم مبنيًّا على الطريقة الفارقة بين أن يكون في البلد حاكم أم لا.

وإذا جوزنا[(٩)] التزويج بالتحكيم، وكانت المرأة بكرًا فقال لها المحكم: حكميني[(١٠)] لأزوجك من هذا، فسكتت- قال الفراء[(١١)] في «فتاويه»: كان سكوتها إذنًا؛ كما لو استأذنها الولي [فسكتت][(١٢)]. حكاه الرافعي قبل الباب الثاني في دعوة النسب، وقد ذكرت في كتاب النكاح هذا الفرع، وذكرت فيه شيئًا لم أذكره هنا خشية التكرار، ولو كان الترافع في اللعان بسبب نفي الولد ففي «التتمة»: أنه لا يجوز إلا أن يكون الولد كبيرًا؛ لأن له فيه حقًّا، أما إذا لم يكن [المتحاكم إليه][(١٣)] يصلح للقضاء[(١٤)] لم ينفذ حكمه اتفاقًا، وكذا لو لم يتفقا على الرضا بالترافع إليه.

وعن أبي الفرج السرخسي: أن ذلك مفروض فيما إذا لم يكن أحد الخصمين

---

(١) في أ، ص: التحكيم.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: التحاكم.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ج: عند فقد.
(٦) في د: فجاز.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ص: الطاهر.
(٩) في ص: التجويز.
(١٠) في ج، د، ص: حكمتني.
(١١) في د: الغزالي.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في ص: المحكم.
(١٤) في ج: للحكم.

القاضي نفسه، فإن [كان و][1] هو الراضي، فهل يشترط رضا الآخر؟ فيه اختلاف نص، والظاهر: أنه لا يشترط.

قال الرافعي: وليكن هذا مبنيًّا على جواز الاستخلاف، إن جاز فالرجوع إليه؛ لأنه نائب القاضي.

قلت: قد قدمت عن ابن الصباغ وغيره أن التحاكم إلى الشخص لا يكون تولية [له][2]؛ فلا يحسن أن يكون هذا مبنيًّا على ذلك.

وقد قال الماوردي قبيل كتاب الشهادات: إذا تحاكم الإمام وخصمه إلى واحد من رعيته جاز، ثم ينظر: فإن قلده خصوص هذا النظر صار قاضيًا خاصًّا قبل الترافع إليه، ولم يعتبر فيه رضا التحكيم[3]، وإن لم يقلده النظر قبل الترافع اعتبر فيه رضا الخصم.

فروع:

إذا ثبت عند المحكم الحق وحكم به أو لم يحكم، فله أن يشهد على نفسه بذلك في المجلس الذي حكم بينهما فيه قبل التفرق خاصة؛ لأن قوله بعد الافتراق لا يقبل؛ [كما لا يقبل][4] قول الحاكم بعد العزل، قاله الماوردي.

وإذا رفع حكمه إلى القاضي لم[5] ينقضه إلا حيث ينقض حكم القاضي المولّى من جهة الإمام. صرح به الماوردي وابن الصباغ والبغوي وغيرهم.

ولا يجوز له أن يحبس [في الدين على المذهب؛ كما لا يجوز له استيفاء العقوبات، وقيل: يحبس][6]، والفرق: أن استيفاء العقوبات يخرم أبهة الولاية.

وفي «الجيلي»: أن الزاني، وشارب الخمر إذا جاء إلى رجل فقال: حكمتك فاستوف حق الله - فإذا جلده على الزنى أو الشرب أو رجمه فهل يقع الحد موقعه؟ فيه وجهان[7].

وصور[8] كلام الشيخ في القصاص إذا قلنا بجواز التحكيم فيه: بأن يجيء مستحق

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ج.
(٣) في أ: الحكيم، وفي د: المحكم.
(٤) سقط في د.
(٥) في ج: لا.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ، د، ص: قولان.
(٨) في د: وصورة.

القصاص [فيطلب القصاص][1]، [فله][2] أن يبينه بالبينة، ويستوفي في النفس والطرف؟ وكذا في حد القذف.

وإذا تعلق الحكم بثالث؛ لم ينفذ[3] حكم المحكم[4] عليه بدون رضاه على الأصح عند الإمام وغيره، ومثاله: إذا تحاكم إليه اثنان في قتل الخطأ، وقامت البينة على المدعى عليه - فلا تلزم العاقلة الدية، وفيه وجه: أن رضا القاتل كافٍ؛ لأنهم تبع له، كذا قاله الغزالي، وقال: إنه بعيد؛ لأن إقرار القاتل لا يلزمهم؛ فكيف يلزمهم رضاه[5]؟!

وفي قوله: لأنهم تبع له، إشارة إلى أن [هذا][6] الوجه مبني على قولنا: إن الدية تثبت[7] على [القاتل ابتداء، ثم تنتقل، وقد صرح به الماوردي وغيره حيث قالوا: إن الأول مبني على قولنا: إن الدية تجب على][8] العاقلة ابتداء، والثاني مبني على [قولنا:][9] إنها تجب على القاتل ثم تنتقل.

وقضية هذا البناء: أن يكون الصحيح هنا عند الشاشي: اللزوم إن كان يقول بالبناء؛ لأن الصحيح عنده: أنها تجب على القاتل ثم تنتقل.

عن أبي الفرج السرخسي: أن الوجهين مخصوصان بقولنا: إن الدية [تجب][10] على القاتل ثم تنتقل، أما إذا قلنا: إنها تجب على العاقلة ابتداء، فلا خلاف في أنها لا تضرب عليهم عند عدم الرضا.

قال الرافعي: وهو حسن.

وإذا تحاكم إليه بالتحكيم من لا تقبل شهادته له مع غيره: كابنه [ووالده][11] مع أجنبي، فعن الشيخ أبي الفرج السرخسي: أن [في جواز][12] هذا التحكيم وجهين، وفي «الحاوي»: أنه إن حكم على ابنه [وأبيه][13] نفذ، وإن حكم على الأجنبي ففي نفوذه وجهان: وجه المنع: القياس على ما لو كان من جهة الإمام.

---

(١) في ص: فيدعي.
(٢) في أ، ج، ص: فهل له.
(٣) في ج: ينعقد.
(٤) في أ: المحكوم.
(٥) في ص: برضاه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في د، ص: تجب.
(٨) سقط في د، ص.
(٩) سقط في أ، ج، ص.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ج.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) سقط في ج.

ووجه الجواز: أن ولاية التحكيم منعقدة باختيارهما؛ فصار المحكوم عليه راضيًا بحكمه.

قلت: ولو بني الخلاف على أن الحكم يفتقر لزومه إلى الرضا بعده أم لا؟ لم يبعد.

وهكذا الحكم فيما لو تحاكم إليه عدوه وغيره، فحكم له أو عليه، صرح به الماوردي، وحكى وجهًا: أنه ينفذ حكم المولى من جهة الإمام على عدوه -أيضًا- وسنذكره.

قال: وينبغي أن يكون القاضي ذكرًا؛ لقوله -تعالى- ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ﴾ [النساء: ٣٤]، يعني: في العقل والرأي؛ فلم يجز أن يقمن على الرجال.

وفي «البحر»: أن عائشة روت أن النبي ﷺ قال: «لَا تَكُونُ المَرْأَةُ حَكَمًا تَقْضِي بَيْنَ العَامَّةِ»[(١)]، ولأن القاضي يحتاج إلى مخالطة الرجال، والمرأة[(٢)] مأمورة بالتخدر؛ ولذلك لم تصح إمامتها بالرجال مع صحتها من الفاسق.

والخنثى المشكل فيما نحن فيه كالمرأة، قال الماوردي: ولو بان أنه رجل، لم يصح تقليده، يعني: أنه لو بان بعد التقليد رجلًا لم تنعقد[(٣)] ولايته، كما صرح به في «البحر»، وقال: إنه المذهب. ثم قال: وقيل: فيه وجهان.

أما إذا بانت رجولته قبل التولية؛ صح تقليده جزمًا، قاله في «البحر»[(٤)].

---

(١) ذكره أبو شجاع الديلمي في فردوس (٥/ ٧٧) برقم (٧٥٠٤).

(٢) في ج: وهي. (٣) في ج: تصح.

(٤) قوله: والخنثى المشكل فيما نحن فيه كالمرأة. قال: الماوردي: ولو بان أنه رجل لم يصح تقليده؛ يعني: أنه لو بان بعد التقليد رجلًا لم تنعقد ولايته، كما صرح به في البحر، وقال: إنه المذهب.

قال: وقيل فيه وجهان: أما إذا بانت رجوليته قبل التولية صح تقليده جزمًا. قاله في البحر. انتهى كلامه.

وهذا الذي نقله عن الماوردي والروياني غلط، فإن الماوردي قال: وكذلك تقليد الخنثى لا يصح؛ لجواز أن يكون امرأة، فإن زال إشكاله وبان رجلًا، يصح تقليده، هذا لفظه، ولم يذكر في الخنثى غيره، وحينئذ فالمذكور في الحاوي إنما هو المسألة الأخيرة في كلام المصنف، ولم يتعرض للأولى، وفيها نظر، ومقتضى عموم كلام الرافعي أنه لا يصح، وأما الروياني فإنه بدأ بالمسألة التي اقتصر الماوردي عليها، وأجاب فيها بمثل ما أجاب به - أيضًا - ثم ذكر بعدها مسألة أخرى لم يتعرض لها الماوردي ولا المصنف، وهو ما إذا حكم في حال =

قال: حرًّا؛ لأن العبد ناقص عن ولاية نفسه؛ فعن[(١)] ولاية غيره أولى، وبالقياس على الشهادة، ومن لم تكمل فيه الحرية ككامل الرق في هذا المعنى.

قال: بالغًا؛ لأن غير البالغ لا يجري عليه القلم؛ فلا يتعلق بقوله على نفسه حكم؛ فعلى غيره أولى.

قال الماوردي: ويجمع هذا الوصف ووصف الذكورة، قولنا: رجل.

قال: عاقلًا؛ للإجماع، وللمعنى[(٢)] الذي ذكرناه في الصبي.

قال الماوردي في «الحاوي» و«الأحكام»: وليس يكتفى فيه بالعقل الذي يتعلق به التكليف من علمه بالمدركات الضرورية؛ حتى يكون صحيح التمييز، جيد الفطنة، بعيدًا من السهو والغفلة؛ حتى يتوصل بذكائه إلى وضوح ما أشكل، وفصل ما أعضل؛ وعلى ذلك حوم[(٣)] الإمام، حيث قال: والذي أراه: أن يضم إلى ما ذكرناه الكفاية اللائقة بالقضاء، وهي عبارة عن التشمير[(٤)] والاستقلال بالأمور وموافاة النفس على الحذر فيما إليه، وهذا يضاهي[(٥)] من صفات الإمام النجدة.

وتبعه الغزالي، فقال بعد ذكر الأوصاف المعتبرة: وينبغي أن يعتبر مع هذه الخصال الكفاية اللائقة بالقضاء؛ فمجرد العلم لا يكفي في هذه الأمور.

ولم يفسر معنى الكفاية؛ فاعترض عليه مجلي وقال: إن عنى [بالكفاية استقلاله بالأحكام فقد ذكره بالصفة، وإن عنى][(٦)] كونه ذا مال فذاك لا يشترط وفاقًا، بل يجوز أن يكون فقيرًا.

قال ابن شداد: ويمكن أن يقال: عنى به ما قاله صاحب «الشامل»، وهو أن يكون متلبثًا[(٧)] ذا فطنة ويقظة لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة، لكن المشكل قوله: لا بد منه.

= الإشكال، ثم بان أنه رجل، وحكى فيها الطريقتين المذكورتين في كلام المصنف، فإنه قال: فرع: لا يجوز تقليد الخنثى؛ فإن زال إشكاله وبان رجلًا يجوز أن يكون قاضيًا، ولو ولي في حال الجهل بحاله، فحكم ثم بان رجلًا، فالمذهب أنه لا ينفذ حكمه، وقيل: فيه وجهان، هذه عبارته. [أ و].

(١) في د: ففي.
(٢) في د: وللخبر.
(٣) في أ، د: جرى.
(٤) في ص: التمييز، وفي د: التستر.
(٥) في أ: أيضًا.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ج: مكينًا، وفي د: مليًّا.

وقد ذكر الأصحاب ما قلناه في فصل الاستحباب.

و[لا فرق][(١)] في الجنون المانع للولاية بين أن يكون مطبقًا أو متقطعًا تدوم مدته أو تقصر، وبعضها غفلة أو دهشة، فلو قصرت مدته كالساعة مثلًا، وكان يعود بعد زواله إلى حالة الاستقامة؛ ففي جواز توليته وجهان في «الحاوي»، وجه الجواز: إجراء ذلك مجرى فترات النوم.

قال: عدلًا؛ لأن ضدها - وهو الفسق - لما منع الأب من النظر في مال ولده، إذا اتصف به، مع قوة ولايته وعظم شفقته - فلأن يمنع القضاء وأحد متضمناته[(٢)] حفظ أموال الأيتام كان أولى.

ولا فرق في الفسق بين أن يكون بأمر لا شبهة له فيه أو له فيه شبهة.

وفي «الحاوي» حكاية وجه في صحة تولية من فسقه باعتقاد شبهة وتأويل، وقد بين في «الأحكام» المعبر[(٣)] عنه هاهنا بالعدل، فقال: أن يكون [صادق][(٤)] اللهجة، ظاهر الأمانة، عفيفًا عن المحارم، متوقيًا للمآثم، بعيدًا من الريب، مأمونًا في الرضا والغضب، مستعملًا لمروءة مثله في دينه ودنياه، فإن انخرم منها شيء منع الولاية؛ كما يمنع قبول الشهادة.

قال: عالمًا [بالأحكام][(٥)] [، أي:][(٦)] الشرعية [بطريق الاجتهاد][(٧)] لا بطريق التقليد؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، [والمقلد لو قيل بصحة توليته لكان إذا استُفْتِي وحكم قافيًا ما ليس له به علم؛][(٨)] لأنه لا يدري طريق ذلك الحكم، ولقوله ﷺ في حديث أبي بريدة الذي سبق: «وَرَجُلٌ قَضَى بِالنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ فَهُوَ فِي النَّارِ»[(٩)]، والتقليد لا يخرجه عن أن يكون [قضاء على جهل؛ لأنه لا يعرف طريقه، ولأن المقلد لا يجوز أن يكون][(١٠)] مفتيًا؛ فأولى ألا يكون قاضيًا، ووجه الأولوية: أن الفتوى[(١١)] إخبار لا يلزم الحكم، والقضاء إخبار يلزمه.

---

(١) في د: الفرق.
(٢) في ص: منصباته.
(٣) في ص: المعتبر.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) سقط في د.
(٧) في التنبيه: مجتهدًا.
(٨) سقط في د.
(٩) تقدم.
(١٠) سقط في د.
(١١) في ص: الفُتيا.

ثم شرائط الاجتهاد [في الأحكام مذكورة في كتب الأصول، وهي على الاختصار:][(١)] العلم بالكتاب والسنة والإجماع، والقياس، ولسان العرب:

والمعتبر علمه من الكتاب: علم الآيات التي تتعلق بها الأحكام.

قال البندنيجي: وهي خمسمائة [آية][(٢)]. وقد حكاه الماوردي عن بعضهم[(٣)]، ولم يحك سواه.

فيعرف الناسخ منها والمنسوخ، والعام والخاص، والعام الذي أريد به الخصوص، والخاص الذي أريد به العموم فيجريه عليه، والمطلق والمقيد، والمحكم والمتشابه، والمجمل والمفصل.

قال الروياني: ولا يشترط حفظه[(٤)] القرآن على ظهر[(٥)] القلب.

قال الرافعي: ومن[(٦)] الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه.

والمعتبر علمه من السنة: الأخبار التي تتعلق بها الأحكام، ويعرف ناسخها ومنسوخها، وما خصص[(٧)] منها عام الكتاب أو بينه، وكذا ما ذكرناه في آيات الكتاب، ويعرف المتواتر منها[(٨)] والآحاد والمرسل، والمسند والمنقطع والمتصل، وحال الرواة: جرحهم[(٩)]، وتعديلهم.

والمعتبر علمه من الإجماع وأقاويل الناس: علم ما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه على قولين أو أكثر؛ حتى لا يقع في حكم أجمعت الأمة على خلافه، أو على قولين[(١٠)] فاختار ثالثًا؛ فإنه منقوض كما في الحالة الأولى، كذا حكاه أبو الطيب وغيره.

والمعتبر علمه[(١١)] من القياس: علم[(١٢)] الجلي منه والواضح، والخفي وهو قياس الشبه، كما قاله ابن الصباغ و[قال][(١٣)] الماوردي: [: إنه غيره كما سنبينه، وأصول القياس وفروعه وشروطه وما يفسد به][(١٤)].

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ص.
(٣) في ج: غيرهم.
(٤) في ج: حفظ.
(٥) في د: ظاهر.
(٦) زاد في د: كلام.
(٧) في ج، ص: خص.
(٨) في أ، د، ص: فيها.
(٩) في أ: وجروحهم.
(١٠) في ص: قولٍ.
(١١) في ص: علم.
(١٢) في ص: علمه.
(١٣) سقط في أ، ج، ص.
(١٤) سقط في د.

والمعتبر علمه من كلام العرب: صيغ الأمر والنهي، والخبر والاستخبار، والوعد والوعيد، والنداء، وأقسام الأسماء والأفعال والحروف، وما لا بد منه في فهم معاني كلام الله - تعالى - وكلام رسوله محمد ﷺ؛ لأن ذلك جاء بلغتهم؛ قال ﷺ: «أَحِبُّوا الْعَرَبَ لِثَلاثٍ: لأَنِّي عَرَبِيٌّ، وَالْقُرْآنَ عَرَبِيٌّ، وَكَلامَ أَهْلِ الْجَنَّةِ عَرَبِيٌّ»[١]، وكل [ذلك][٢] محال على كتب الأصول.

قال بعضهم: وإذا تأملت ذلك علمت أن هذه الصفات قد عز وجودها في زمننا هذا في شخص من العلماء، بل وفيما تقدم عليه بكثير، روي أن الشيخ أبا بكر القفال المروزي إمام المراوزة وشيخهم قال: المسئول قسمان:

أحدهما: من جمع شرائط الاجتهاد، فيقضي ويفتي باجتهاده، وهذا لا يوجد.

والثاني: من ينتحل مذهب واحد من الأئمة: إما[٣] الشافعي، أو[٤] أبي حنيفة، أو غيرهما، [وعرف][٥] مذهب إمامه، وصار حاذقًا فيه، بحيث لا يشذ عنه[٦] شيء من أصول مذهبه ومنصوصاته، فإذا[٧] سئل عن حادثة: فإن عرف لصاحبه نصًّا أجاب عليه، وإن لم تكن المسألة منصوصة فله[٨] أن يجتهد فيها على مذهبه ويخرجها على أصول صاحبه، ويفتي بما أدى إليه اجتهاده، وهذا -أيضًا- أعز من الكبريت الأحمر.

فإذا كان هذا قول القفال في ذلك الزمن، وفيه [تلامذته المشهورون][٩] بصحبته أصحاب الوجوه في المذهب: كالقاضي الحسين، والفوراني، والشيخ أبي محمد والد الإمام، والصيدلاني، والشيخ أبي علي [السنجي][١٠]، المسمون بالمراوزة؛ لاشتغالهم عليه، وبالخراسانيين؛ لمقامهم بخراسان، وفيه[١١] -أيضًا- تلامذة الشيخ أبي حامد الإسفراييني بالعراق: كالمحاملي، والبندنيجي، وأقضى القضاة الماوردي، والقاضي أبي الطيب، والطبري وغيرهم - فما ظنك بهذا الزمن وقد عدم

(١) تقدم.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في ص: مذهب.
(٤) في أ، د: و.
(٥) في ص: أو.
(٦) في د، ص: عنهم.
(٧) في د: ولو.
(٨) في أ، د، ص: له.
(٩) في أ: تلامذة المُشتهرين، وفي ص: تلامذة المجتهدين.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ: ومنهم.

فيه أصحاب الوجوه، بل قد قيل: إنه عدم ذلك من حين وفاة من ذكرناهم؟!

لكن في «تعليق» القاضي أبي الطيب أن الشافعي لم يرد بذلك أن يكون في كل نوع[(١)] منها مبرزًا حتى يكون في النحو مثل سيبويه، وفي اللغة مثل الخليل، وما أشبه ذلك؛ بل المعتبر من ذلك: ما يوصله إلى معرفة الحكم، وذلك ممكن[(٢)].

وهذا ما حكاه ابن الصباغ مختصرًا عند الكلام في الاستشارة عن الأصحاب، وقال: إن ذلك يسهل[(٣)] على متعلمه الآن؛ فإنه قد جمع ودون. وكلام الروياني قريب منه.

ويعضده قول الغزالي في الأصول: إنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرقها وانتشارها، ولكن يكفي أن يكون له أصل صحيح[(٤)] وقعت العناية فيه بجميع[(٥)] أحاديث الأحكام كسنن أبو[(٦)] داود. وقد سبقه[(٧)] بذلك البندنيجي.

قال الغزالي: ويكفي معرفة مواضع كل باب فيراجعه إذا احتاج إلى الفتوى في ذلك الباب، وإن كل حديث[(٨)] أجمع السلف على قبوله أو تواترت عدالة رواته لا حاجة إلى البحث عن رواته، وما عدا ذلك فينبغي أن يكتفى في رواته بتعديل[(٩)] إمام مشهور عرف صحة مذهبه في التعديل؛ لأن من درج في الأحوال الماضية لا يخبر ولا يشاهد حاله، وتواتر السيرة لا يكاد يوجد إلا في جماعة معدودين.

ثم زاد في التحقيقات في حق المفتي فقال: [إنه][(١٠)] لا يحتاج إلى ضبط مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي [يفتي][(١١)] فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، إما بأن يعلم أنه يوافق قول بعض المتقدمين، أو يغلب على ظنه أن الواقعة متروكة في ذلك العصر لم يخض فيها الأولون.

وعلى قياس هذا معرفة الناسخ والمنسوخ؛ فإنه إنما يشترط معرفة اجتماع هذه العلوم في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشرع، أما الذي ينتصب للاجتهاد في باب دون باب، كالناظر في مسألة المشرَّكة[(١٢)]، فيكفيه معرفة أصول

---

(١) في ج: علم.
(٢) في ص: يمكن.
(٣) في أ، ص: سهل.
(٤) في أ، ص: مصحح، وفي د: متصحح.
(٥) في د، ص: بجمع.
(٦) على الحكاية.
(٧) في ص: سبق.
(٨) في د: جانب.
(٩) في د: تعديل.
(١٠) سقط في أ، وفي ج: لأنه.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ، ج، د: الشركة.

الفرائض، ولا يضره ألا يعرف الأخبار الواردة في تحريم المسكر مثلًا.

وعلى كل حال؛ فإذا تعذرت شرائط(١) الاجتهاد على العموم، أو في مذهب إمام كزماننا - [فلا بد من جزم القول والقطع بصحة تولية من اتصف بصفة العلم](٢) في مذهب إمام من الأئمة إذا كان عارفًا [بغالب مذهبه](٣) ومنصوصاته وأقواله المخرجة وأقاويل أصحابه(٤)، صحيح الذهن كما تقدم.

وبالغ في «الوسيط»، فقال عند عدم المجتهد المطلق: الوجه القطع بتنفيذ قضاء من ولاه السلطان ذو الشوكة؛ كي لا تتعطل مصالح الخلق، فإنا ننفذ قضاء أهل البغي للحاجة، فكيف يجوز تعطيل القضاء الآن؟! نعم، يعصي السلطان بتفويضه إلى الفاسق والجاهل، ولكن بعد أن ولاه فلا بد من تنفيذ أحكامه للضرورة.

قال الرافعي: وهذا حسن، لكن في بعض «الشروح»: أن قاضي أهل البغي إن كان منهم نظر: إن كان بغيهم لا يوجب الفسق كبغي [معاوية جاز أيضًا قضاؤه، وإن أوجب الفسق كبغي](٥) أهل النهروان لم يجز.

وقال ابن شداد وابن أبي الدم: إن ما قاله الغزالي لا نعلم أن أحدًا نقله.

قال ابن أبي الدم: مع تصفحي شروح المذهب والمصنفات فيه، بل الذي قطع به العراقيون والمراوزة: أن الفاسق لا تنفذ(٦) أحكامه، ونحن إذا نفذنا حكم قاضي البغاة، فلا بد أن(٧) يكون مع علمه عدلًا متأولًا في خروجه مع البغاة، ولا بد من تأويل حمل البغاة على بغيهم(٨)، وهذا لا خلاف فيه، فكيف ينفذ أحكام قاضي أهل العدل مع فسقه وعلمه بفسقه الفسق الذي لا تأويل فيه، وقد ذكرت في باب قتال أهل البغي في ذلك ما يغني عن الإعادة.

وفي «الكافي»: أن المتغلب على إقليم لو نصب قاضيًا غير عالم أو غير عدل، والناس غير قادرين على دفعه، هل تنفذ أحكامه وقضاياه من تزويج الأيامى والتصرف في أموال اليتامى؟ يحتمل وجهين، أحدهما: لا، وطريق المسلمين في مثل هذه الحالة التحاكم إلى من هو من أهل القضاء في حوادثهم، فإن لم يجدوا أهلًا

---

(١) في ج: فرائض.
(٢) سقط في د.
(٣) في ج: بمذهب إمامه.
(٤) في ص: الصحابة.
(٥) سقط في د.
(٦) في ص: تنعقد.
(٧) في أ، ج، ص: وأن.
(٨) في أ، ج، د: بعضهم.

للقضاء نفذت أحكامه للضرورة.

قال: وقيل: يجوز أن يكون أميًّا، أي: لا يكتب؛ لأن النبي ﷺ كان أميًّا. وهذا أصح عند الإمام ومجلي والنواوي وغيرهم، وقال الإمام عند الكلام في الكاتب: إنه الذي عليه الأكثرون.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه يحتاج أن يكتب إلى غيره، ويكتب إليه، وإذا قرئ عليه شيء فربما حرف القارئ، بخلاف الذين كانوا عند رسول الله ﷺ فإنهم كانوا ثقاة، ولو حرفوا لعلمه من جهة الوحي. وأيضًا: فإن عدم الكتابة في حقه معجزة، و[هي][(١)] في حق غيره منقصة، وهذا ما اختاره في المرشد، وقد قيل: إنه ﷺ كان يعرف[(٢)] الكتابة، ولكن منع منها؛ كي لا يتهمه الكفار في الوحي والكتابة[(٣)]، كذا قاله الجيلي، والصحيح أنه لم [يكن][(٤)] يعرفها.

قال الرافعي في الباب الثاني في جوامع القضاء في فرع منه: وقد قيل: إن الوجهين في أنه [هل يجوز أن يكون القاضي أميًّا؟ يمكن بناؤهما على الوجهين في أنه][(٥)] هل يجب على القاضي كتابة المحضر والسجل؟ وهذا قد نسبه صاحب «الإشراف» إلى القاضي. وفي «الوسيط» ما يقرب من هذا.

وقد اعتبر الأصحاب في صفات القاضي أمورًا أخر سكت عنها الشيخ، [وقد][(٦)] ظن به لذلك عدم اشتراطها:

فمنها: الإسلام؛ فلا يصح تولية الكافر على المسلمين؛ لقوله -تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وأي سبيل أعظم من القضاء؟! وكذا لا يصح توليته[(٧)] على أهل دينه؛ لأن من لا تصح ولايته على العموم لا تصح[(٨)] على الخصوص؛ كالصبي والمجنون طردًا، والمسلم عكسًا، وقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [المائدة: ٥١]، فالمراد به: الموالاة، [لا الولاية][(٩)].

(١) سقط في ص.
(٢) في ج: يحسن.
(٣) في أ، د، ص: وكتبه.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ص: تولية الكافر.
(٨) زاد في د: توليته.
(٩) سقط في ص.

قال الماوردي: وما يفعل في العرف فهو رعاية[١] ورياسة، وليس بتقليد حكم وقضاء، وما يلزم من حكمه أهل دينه فلالتزامهم لا للزومه لهم، ولا يقبل الإمام قوله فيما حكم به، ولو امتنع بعضهم من التحاكم إليه مع بعض لم يجبروا. وقد ذكرت في باب عقد الذمة شيئًا يخالف ذلك، فيطلب منه.

وهذا الوصف قد يوجد [من][٢] قول الشيخ: وأن يكون عالمًا بالأحكام؛ لأنا قد ذكرنا أن المراد به المجتهد، والكافر ليس من أهل الاجتهاد؛ لاعتقاده عدم الحجة بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، وقد قال الماوردي: إن من لا يعتقد من المسلمين أن خبر الواحد حجة، لا تصح توليته القضاء؛ كمن لم[٣] يعتقد أن الإجماع حجة، وكذا من نفى القياس واتبع ظاهر النص، وأخذ بأقاويل سلفهم فيما لم يرد فيه نص، مع حكاية خلاف عن أصحابنا في صحة تقليد أهل الظاهر؛ فالكافر بالمنع أولى، وقد جعل الرافعي الأظهر في أهل الظاهر جواز التقليد، وكلام الإمام يقتضي مقابله؛ لأنه قال في باب قطع اليد في السرقة: وقد ذكرنا مرارًا في مواضع من الأصول والفروع أن أصحاب الظواهر ليسوا من علماء الشريعة، وإنما هم [نقلة إن ظهرت الثقة.

ومنها : السمع والبصر والنطق؛ فلا يصح][٤] تقليد الأصم الذي لا يفهم عالى[٥] الأصوات؛ لأنه لا يفرق بين إقرار وإنكار. نعم، ثقيل السمع الذي يفهم عالي الأصوات ولا يفهم خافيها تجوز ولايته، قاله الماوردي والبغوي وغيرهما.

قال مجلي[٦]: وقد أشار الفوراني إلى جوازه للأصم؛ لأنه قال: هل يشترط العدد في المستمع[٧] بأن يكون القاضي أصم؟ فيه وجهان.

قلت: وهذا لا يدل على جوازه للأصم الذي لا يسمع أصلًا، بل المراد [به: الذي يسمع عالي الأصوات؛ لأن المستمع إنما يكون لمن يسمع، والأعمى][٨] لا تصح ولايته؛ لأنه لا يفرق بين الطالب والمطلوب.

وفي «البحر» هنا و«زوائد» العمراني عند الكلام في شروط الإمامة العظمى

---

(١) في د: زعامة.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: لا.
(٤) سقط في د.
(٥) في د: عليّ.
(٦) في ج: المتولي.
(٧) في د: السمع.
(٨) سقط في د.

و«تعليق» القاضي الحسين في[1] أواخر [باب][2] الوصية - حكاية وجه: أنه تصح ولايته، وقد قال ابن أبي الدم: إن [الجرجاني حكاه][3] قولًا. وقد يستدل له بما روى أبو داود عن أنس أن النبي ﷺ اسْتَخْلَفَ ابْنَ أُمِّ مَكْتُومٍ عَلَى المَدِينَةِ مَرَّتَيْنِ وَهُوَ أَعْمَى[4]، والصحيح: الأول، وبه جزم الماوردي وغيره، وأما الحديث فقد يجاب عنه بما قاله بعضهم: أن في رجاله عمر بن داود القطان[5]، وقد ضعفه ابن معين والنسائي.

ثم على تقدير توثيقه كما صار إليه بعضهم، فهو محمول على ولاية الصلاة [بالمدينة][6] دون القضاء والأحكام؛ إكرامًا له، وأخذًا بالأدب فيما عاتبه الله -تعالى- في أمره في قوله: ﴿عَبَسَ وَتَوَلَّىٰٓ﴾ [عبس: ١]، فإنه روي أن الآية نزلت فيه.

وفي معنى الأعمى: من يرى الأشباح ولا يعرف الصور[7]. نعم، لو كان [إذا قربت منه][8] عرفها، صح كما تصح ولاية من يبصر بالنهار دون الليل وهو الأعشى، والأخرس الذي لا تفهم إشارته، [لا يجوز تقليده؛ لأنه يعجز عن تنفيذ[9] الأحكام وإلزام الحقوق][10]، فلو كانت له إشارة مفهمة ففي «الإشراف» [حكاية][11] جوابين [فيه][12] لابن القاص؛ بناء على جواز شهادته في وجه، وقد نسب غيره الجواز إلى ابن سريج؛ كما جوز سماع شهادته.

قال الماوردي: وجمهور أصحابنا على منعهما[13]، وبه جزم البغوي، وادعى القاضي الحسين في كتاب الضمان: أنه لا خلاف فيه. نعم، لو كان في لسانه تمتمة أو عقدة أو نحو ذلك جازت توليته؛ لأنه نقص لا يمنع من الكلام وإن غمض.

---

(١) في ج: عند.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) أخرجه أحمد (٣/ ١٣٢، ١٩٢)، وأبو داود (١/ ٢١٨) كتاب الصلاة، باب: إمامة الأعمى، برقم (٥٩٥)، وكتاب الخراج (٢/ ١٤٦) باب: في الضرير يولى، برقم (٢٩٣١) وأبو يعلى في مسنده (٥/ ٤٢٢) (٣١١٠)، والبيهقي (٣/ ٨٨) كتاب الصلاة، باب: إمامة الأعمى.
(٥) زاد في ص: وهو ضعيف.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: الصوت.
(٨) في ص: قريبًا منها.
(٩) في أ: إنفاذ، وفي ص: إنفاذه.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في ج.
(١٢) سقط في د.
(١٣) في د: منعها.

ولا يقدح في الولاية كون الشخص مقطوع الأطراف أو مبطولًا أو زَمِنًا، وإن كانت السلامة من الآفات أَهْيَبَ لذوي الولايات.

ومنها: معرفة الحساب.

وقد حكى [عن][١] صاحب «البحر» في صحة تولية من لا يعرفه وجهين، وقال: إن المذهب الصحة.

والمنقول عن الشافعي -رضي الله عنه- في صفة القاضي[٢] - كما حكاه الماوردي وابن الصباغ والروياني وغيرهم - ثلاث شرائط[٣]: أن يكون من أهل الاجتهاد، وأن يكون عدلًا، [وأن يكون][٤] كاملًا. وهي شاملة لجميع ما ذكرناه.

قال: والأفضل أن يكون شديدًا من غير عنف؛ لأنه لو كان عنيفًا لمنعت هيبته من استيفاء الحقوق [وقيام الخصوم بالحجج.

قال: لينًا من غير ضعف؛ حتى لا يخترق به الخصوم، ولا تضيع الحقوق][٥]. وهذه عبارة بعض السلف.

قال القاضي أبو الطيب: قال بعض أصحابنا: يكون حسنه بين الشِّيَتَيْنِ.

وفي «التهذيب»: أنه يكره أن يكون جبارًا يهابه الخصوم، وأن يكون ضعيفًا يطمع كل أحد في جنبته[٦].

قال: وإذا ولى الإمام رجلًا كتب [إليه بالعهد][٧]؛ لأن النَّبيَّ ﷺ كَتَبَ لِعَمْرِو بْنِ حَزْمٍ كِتَابًا حِيْنَ بَعَثَهُ إِلَى اليَمَنِ، وَأَبُو بَكْرٍ كَتَبَ لِأَنَسٍ حِيْنَ بَعَثَهُ إِلَى البَحْرَيْنِ وَخَتَمَهُ بِخَاتَمِ رَسُولِ اللهِ ﷺ[٨].

وَرَوَى حَارِثَةُ بْنُ مُضَرِّبٍ أَنَّ عُمَرَ -رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- كَتَبَ إِلَى أَهْلِ الكُوْفَةِ: أَمَّا بَعْدُ، فَإِنِّي قَدْ بَعَثْتُ إِلَيْكُمْ عَمَّارًا أَمِيْرًا وَعَبْدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودٍ قَاضِيًا وَوَزِيْرًا، فَاسْمَعُوا لَهُمَا وَأَطِيْعُوا؛ فَقَدْ آثَرْتُكُمْ بِهِمَا[٩].

---

(١) سقط في أ، د، ص.
(٢) في ص: القضاء.
(٣) في ج: شروط.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) في د: حقه.
(٧) في التنبيه، أ، ص: له العهد، وفي د: إليه العهد.
(٨) تقدم.
(٩) أخرجه ابن سعد في الطبقات الكبرى (٣/ ٢٥٥)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٤٣/ ٤٣٧).

قال القفال الشاشي - كما حكاه القاضي الحسين-: وينبغي أن يتخذ الإمام لنفسه نسخة من كتابه يمسكه حتى يتذكر به إن نسي أنه ولاه عمل [بلد كذا](١)، وهذا كله على وجه الاستحباب، فإن ترك الكتابة جاز؛ لأن النبي ﷺ لم يكتب بالعهد لمعاذ.

[قال: ووصاه بتقوى الله -تعالى- والعمل بما في العهد](٢)؛ لأن ذلك مقصود هذه الولاية وواجبها، وكذا يوصيه بالتثبت في القضاء ومشاورة أهل العلم [ونحو ذلك](٣)، روى أَبُو دَاوُدَ عَنْ عَلِيٍّ -رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- قَالَ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا، فَقُلْتُ: [يَا](٤) رَسُولَ اللهِ، تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ وَلَا عِلْمَ لِي بِالقَضَاءِ؟ فَقَالَ: «إِنَّ اللهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الخَصْمَانِ فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الأَوَّلِ؛ فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يُبَيِّنَ(٥) لَكَ القَضَاءَ»، فما زلت قاضيًا أو ما شككت في قضاء بعده(٦).

وَرُوِيَ عَنْ إِدْرِيسَ الأودي أَنَّهُ قَالَ: أَخْرَجَ إِلَيْنَا سَعِيدُ بْنُ أَبِي بُرْدَةَ(٧) كِتَابًا فقال: هَذَا كِتَابُ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ إِلَى أَبِي مُوسَى: أَمَّا بَعْدُ؛ فَإِنَّ القَضَاءَ فَرِيْضَةٌ [مُحْكَمَةٌ](٨)، وَسُنَّةٌ مُتَّبَعَةٌ، افْهَمْ إِذَا أُدْلِيَ(٩) إِلَيْكَ؛ فَإِنَّهُ لَا يَنْفَعُ تَكَلُّمٌ بِحَقٍّ لَا نَفَاذَ لَهُ، وَآسِ(١٠) بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ وَمَجْلِسِكَ وَعَدْلِكَ - أَيْ: اجْعَلْهُمْ أُسْوَةً فِي ذَلِكَ - حَتَّى لَا يَطْمَعَ شَرِيْفٌ فِي حَيْفِكَ، وَلَا يَخَافَ ضَعِيفٌ مِنْ جَوْرِكَ، البَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ، وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ النَّاسِ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا، فَلَا يَمْنَعْكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ بِالأَمْسِ، فَرَاجَعْتَ فِيهِ اليَوْمَ عَقْلَكَ، وَذَهَبْتَ فِيْهِ لِرُشْدِكَ - أَنْ تَرْجِعَ(١١) إِلَى الحَقِّ؛ فَإِنَّ الحَقَّ قَدِيمٌ، لَا يُبْطِلُ [الحَقَّ شَيءٌ](١٢)، وَمُرَاجَعَةُ الحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي البَاطِلِ، [الفَهْمَ](١٣) الفَهْمَ فِيمَا تَلَجْلَجَ فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ وَلَا سُنَّةِ رَسُوْلِهِ! ثُمَّ اعْرِفِ الأَشْبَاهَ وَالأَمْثَالَ، وَقِسِ الأُمُورَ بِنَظَائِرِهَا، وَاعْمَدْ إِلَى أَحَبِّهَا إِلَى اللهِ وَأَشْبَهِهَا فِيمَا تَرَى، وَاجْعَلْ لِلْمُدَّعِي أَمَدًا يَنْتَهِي إِلَيْهِ، فَإِنْ أَحْضَرَ بَيِّنَةً أَخَذْتَ لَهُ

(١) في أ: بكذا وكذا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ص، د: يتبين.
(٦) تقدم.
(٧) في ص: بريدة.
(٨) سقط في ص.
(٩) في ص: أدِّي.
(١٠) في د: وواس.
(١١) زاد في ص: فيه.
(١٢) في أ: بشيء، وفي د: الحق.
(١٣) سقط في د.

بِحَقِّهِ[(١)]، وَإِلَّا وَجَّهْتَ عَلَيْهِ القَضَاءَ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ أَجْلَى لِلْعَمَى وَأَبْلَغُ فِي العُذْرِ[(٢)]، وَالمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا مَجْلُودًا[(٣)] فِي حَدٍ، أَوْ مُجَرَّبًا[(٤)] بِشَهَادَةِ الزُّورِ، أَوْ ظنينًا فِي وَلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ؛ فَإِنَّ اللهَ -تَعَالَى- تَوَلَّى مِنْكُمُ السَّرَائِرَ وَدَرَأَ عَنْكُمُ الشُّبُهَاتِ، ثُمَّ إِيَّاكَ وَالضَّجَرَ وَالْغَلَقَ - [أَيْ: ضِيْقَ الصَّدْرِ وَقِلَّةَ الصَّبْرِ، وَهُوَ بِالغَيْنِ المُعْجَمَةِ][(٥)] - وَالتَّأَذِّي بِالنَّاسِ وَالتَّنَكُّرَ[(٦)] بِالخُصُوْمِ فِي مَوَاطِنِ الحَقِّ الَّتِي يُوْجِبُ اللهُ بِهَا الأَجْرَ، وَيُكْسِبُ بِهَا[(٧)] الذُّخْرَ، وَإِنَّهُ مَنْ تَصْلُحْ سَرِيْرَتُهُ فِيْمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ أَصْلَحَ اللهُ مَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ النَّاسِ، وَمَنْ تَزَيَّنَ لِلنَّاسِ بِمَا يَعْلَمُ اللهُ مِنْهُ غَيْرَ ذَلِكَ يَشِنْهُ اللهُ، فَمَا ظَنُّكَ بِثَوَابِ اللهِ فِي عَاجِلِ الدُّنْيَا وَخَزَائِنِ رَحْمَتِهِ؟! وَالسَّلَامُ[(٨)].

وهذه الوصية مستحبة، وقد يفهم كلام القاضي الحسين أن الوصية واجبة؛ فإنه قال: وعليه أن يخلو به فيعظه ويخوفه الله[(٩)] - سبحانه - [ويحذره][(١٠)]، ويقرأ عليه عهد أمير المؤمنين عمر -رضي الله عنه - لأنه أبلغ ما يكون في الموعظة.

قال: وأشهد[(١١)] **على التولية شاهدين** أي: سواء قرب محل الولاية أو بعد؛ لتثبت بهما الولاية، وهذا قول أبي إسحاق، وعلى هذا فلا يحتاجان إلى لفظ الشهادة، بل يكفي إخبار [أهل][(١٢)] [محل الولاية][(١٣)] بها، ولا يحتاج إلى تقدم دعوى.

وفي «الحاوي»: أنهما يشهدان عند أهل [عمل الولاية][(١٤)]، [فإذا شهدا، وكانا عدلين، فقد وجب على][(١٥)] أهل العمل طاعته.

ولو وصل القاضي إلى العمل، وأخبر أهله بالولاية من غير إشهاد - لم تلزمهم

---

(١) في ج: حقه.
(٢) في ج، د: للعذر.
(٣) في ج: محدودًا.
(٤) في د: محدثًا.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: والتنكير.
(٧) في ج: فيها.
(٨) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٦) كتاب «في الأقضية والأحكام»، باب: «كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري»، والبيهقي (١٠/ ١٩٧) كتاب «الشهادات»، باب: «من جرب بشهادة زور لم تقبل شهادته» طرفًا منه.
(٩) في ص: بالله.
(١٠) سقط في ص.
(١١) في ص: وليشهد.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في ص: المحلة.
(١٤) في أ، د، ص: العمل.
(١٥) سقط في أ، د.

طاعته [إلا أن يصدقوه][١]، على أحد الوجهين في «الحاوي».

وقيل: إن كان البلد [قريبًا][٢] **بحيث يتصل الخبر [به]**[٣] **لم يلزمه**[٤] **الإشهاد**؛ لاستقلال الاستفاضة بإثباتها، وهذا قول الإصطخري، واختاره في «المرشد»، وفي «النهاية» عوضه: أن من أصحابنا من اكتفى بكتاب، وهو عندي مشروط بظهور مخايل الصدق في خطوط الكتاب؛ ولهذا قال في «الوسيط» في حكايته - إذا وصل بالعهد ولم تستفض ولايته ولا معه شهادة عدلين-: إنه يجب الاعتماد على الكتاب مع مخايل الصدق، وبعد الجرأة على التلبيس في مثل هذا الأمر، مع خوف سطوة السلطان.

وقد كان[٥] ولاة رسول الله ﷺ يكتفى في ذلك بمجرد قولهم، وهذا ما صححه صاحب «الإشراف» بعد أن حكى عن الشاشي أنه قال: ظاهر المذهب أن الإشهاد لا يجب.

قال البندنيجي وغيره: وأصل هذا الخلاف المذكور في الكتاب الخلاف في أن النكاح والوقف والعتق [والولاء][٦] هل تثبت بالاستفاضة أم لا؟ وعلى هذا جرى في «التهذيب»، فإن قلنا: تثبت، لزم الرعايا هاهنا الانقياد له، وإلا فلا.

قال الإمام: وإذا استخلف القاضي حاكمًا في قرية، فقد لا يستفيض مثل هذا، ولا يشترط فيه الاستفاضة، بل ينقدح فيه الكتاب أو شاهدان.

قال: ويسأل[٧] **القاضي عن حال البلد ومن فيه من الفقهاء والأمناء**، أي: العدول قبل دخوله؛ لأنه يحتاج إليهم؛ فكانت معرفته بهم قبل الدخول ليعاملهم بما يليق بهم أولى، فإن قدر على ذلك في البلد الذي وقعت فيه الولاية فذاك، وإلا يعرفه في طريقه إلى محل ولايته أو في [محل][٨] الولاية.

قال الرافعي: ويستحب [له][٩] أن يدعو أصدقاءه الأمناء، ويلتمس منهم [أن يطلعوه على عيوبه؛ ليسعى في إزالتها.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ص: يلزم.
(٥) زاد في ص: من.
(٦) سقط في ص.
(٧) في التنبيه: وسأل.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في ج، ص.

قال:][١] ويستحب أن يدخل صبيحة يوم الاثنين؛ لأن النبي ﷺ دخل [المدينة][٢] يوم الاثنين، فإن فاته دخل[٣] [يوم][٤] **السبت** أو[٥] **الخميس**؛ للخبر المشهور، ولأنه قلما كان رسول الله ﷺ يخرج في سفر إلا يوم الخميس.

قال القاضي أبو الطيب والروياني [وغيرهما][٦]: ويستحب أن يدخل البلد لابس السواد؛ لأن النبي ﷺ دخل مكة وعلى رأسه عمامة سوداء[٧]، ولأنه أهيب له.

قال: **وينزل في وسط البلد**؛ لأنه أقرب إلى التسوية بين أهله في قصده، وهذا ما نص عليه الشافعي -رضي الله عنه- في «الأم».

قال: **ويجمع الناس**، أي: [بأن][٨] يبعث مناديًا ينادي في البلد بأن[٩] فلانًا القاضي قد حضر فاحضروا لسماع عهده [في][١٠] وقت كذا، ويكون ذلك يومًا إن كان البلد صغيرًا، وثلاثة ونحوها إن كان كبيرًا.

قال: **ويقرأ عليهم العهد**؛ ليعلموا[١١] تفاصيل ولايته فيطيعوه فيها.

قال: **ويتسلم المحاضر والسجلات من القاضي الذي كان قبله**، لتُحرس على أربابها بيد كل ذي ولاية كما كانت، وكذا يتسلم منه أموال الأيتام والضوال والوقوف وأسماء المحبسين وغيرهم، كما قاله القاضي الحسين.

قال البندنيجي والماوردي وغيرهما: وهذا أول الأمانات التي يفعلها القاضي في ولايته قبل النظر في المحبسين[١٢] وغيرهم، وعند أخذها إن أمكنه تصفحها ومعرفة ما فيها فعل.

والمحاضر: جمع «محضر» بفتح الميم، وهو الذي يكتب فيه قضية المتحاكمين وما جرى لهما في مجلس الحكم وحجتهما، قال الجيلي: إذا لم يتصل بذلك حكم.

---

(١) سقط في د.
(٢) سقط في ج.
(٣) في التنبيه، وص: دخله.
(٤) سقط في التنبيه، أ، ص، ج.
(٥) في التنبيه: و.
(٦) سقط في ص.
(٧) أخرجه مسلم (٢/ ٩٩٠) كتاب الحج، باب: جواز دخول مكة بغير إحرام، برقم (٤٥١/ ١٣٥٨).
(٨) سقط في ص.
(٩) في ص: أن.
(١٠) سقط في ص.
(١١) في أ: لتعلم.
(١٢) في أ: المحبوسين.

والسجلات: جمع «سجل» بكسر السين والجيم، وهو الذي يكتب فيه المحضر ويكتب معه تنفيذ الحكم وإمضاؤه.

قال: وإن احتاج أن يستخلف في أعماله لكثرتها استخلف، أي: فيما يعجز عنه من يصلح أن يكون قاضيًا، أي: من غير إذن الإمام؛ لأن العرف يقتضيه فحكمت التولية عليه.

قال القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهما: كما إذا[١] دفع ثوبًا إلى شخص ليبيعه؛ فإن ذلك يتضمن [الإذن في][٢] التسليم إلى من ينادي عليه.

وبهذه الحالة يلتحق ما إذا مرض أو أراد أن يغيب عن البلد لشغل، كما ذكره في «التهذيب»، أما ما لا يعجز عنه في هذه الحالة هل يجوز أن يستخلف فيه؟ قال القاضي أبو الطيب[٣] وابن الصباغ: فيه الخلاف الآتي. وكلام [القاضي][٤] أبي الطيب في كتاب الوكالة في حكاية الخلاف كما ذكرناه [أصرح منه][٥] هنا، وكلام الشيخ في «المهذب» يقتضي إجراء الخلاف في هذه الحالة، وإن قلنا بمنع الاستخلاف في المسألة الآتية.

قال: وإن لم يحتج فقد قيل: يجوز؛ لأن [الإمام][٦] لما ولاه صار ناظرًا للمسلمين على وجه المصلحة، وكان له التولية فيما يقدر على التصرف فيه كالإمام، وهذا قول الإصطخري كما حكاه القاضيان أبو الطيب والحسين، واختاره في «المرشد».

وقيل: لا يجوز إلا أن يؤذن[٧] **له [في]**[٨] **ذلك**[٩]؛ لأنه متولٍّ بطريق النيابة فلم يملك بمطلق الإنابة الاستنابة كالوكيل، وهذا قول أبي علي بن خيران، قال القاضي أبو الطيب: وهو المشهور من مذهب الشافعي - رضي الله عنه - وعلى ذلك جرى في «المهذب» فقال: إنه المذهب، وصححه الرافعي والنواوي.

[و][١٠] الناصر للأول قال: ليس القاضي نائبًا عن الإمام، بل عن المسلمين؛ فهو

---

(١) في أ، ج، د: لو.
(٢) سقط في ص.
(٣) زاد في أ: وغيرهما والبغوي.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: فأصرح به من كلامه، وفي ص: أصرح من كلامه.
(٦) سقط في ج.
(٧) في أ، ج، د: يأذن.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ص: الاستخلاف.
(١٠) سقط في ج.

ولي في نفسه، وحكى في «الحاوي» في هذه الحالة والتي قبلها ثلاثة أوجه حكاها صاحب «الإشراف» أيضا:

أحدها - وهو قول أبي علي بن خيران-: أنه ليس له أن يستخلف، قل عمله أو كثر، [وقد نسب القاضي الحسين هذا إلى ابن أبي هريرة.

والثاني - وهو قول الإصطخري-: أنه له أن يستخلف، قل عمله أو كثر][(١)].

والثالث[(٢)] - وهو قول جمهور البصريين، ونسبه الإمام إلى الإصطخري وكذلك القاضي الحسين، وأنه طرده في الوكيل، وأن الصحيح-: أن استخلافه معتبر بعمله، فإن قل [عمله][(٣)] وقدر على مباشرته بنفسه [لم يجز أن يستخلف، وإن كثر وعجز عن مباشرته بنفسه][(٤)] جاز أن يستخلف؛ اعتبارًا بالوكيل.

قال الماوردي: وعلى هذا فيما يستخلف عليه وجهان:

أحدهما: ما عجز عنه دون ما قدر عليه.

والثاني: في الجميع؛ لأن العرف فيه كالإذن[(٥)].

وعلى حكاية الأوجه الثلاثة في الحالتين جرى المراوزة، واستغرب الرافعي جريان الخلاف فيما لا يقدر على مباشرته.

ولا خلاف في أنه إذا صرح له في الولاية بالاستخلاف - في جوازه، قال الأصحاب: والمستحب للإمام التصريح به، ولفظ الشافعي -رضي الله عنه- وأحب للإمام إذا ولى القضاء رجلًا أن يجعل له أن يولي القضاء من رأى في الطرف والأطراف، فيجوز حكمه.

وكذا لا خلاف [في][(٦)] أنه إذا نهاه عن الاستخلاف أنه لا يجوز فيما يقدر[(٧)] على مباشرته، وكذا فيما لا يقدر عليه على المشهور، وبه جزم الماوردي، وعن الشاشي حكاية عن أبي الطيب بن سلمة: أن وجود النهي في هذه الحالة كعدمه، وبه جزم القاضي أبو الطيب.

---

(١) سقط في د، ص.

(٢) في د: والثاني.

(٣) سقط في أ، ص، د.

(٤) سقط في ج.

(٥) في د: كالأول.

(٦) سقط في ج.

(٧) في ص: لا يقدر.

قال الرافعي: والأقرب أحد احتمالين[١]: إما بطلان التولية - ويحكى[٢] هذا عن ابن القطان - [أو اقتصاره][٣] على ما يقدر عليه وترك الاستخلاف.

قال الماوردي: ويلزمه أن يُعلِم الإمام عند كثرة عمله بعجزه عن النظر في جميعه؛ ليكون الإمام بالخيار بين أن يأذن له في الاستخلاف أو يصرفه عما عدا المقدور عليه ويولي فيه، والثاني هو الأولى؛ ليكون هو المتولي للاختيار، فإن لم يعلم[٤] الإمام أو أعلمه ولم يأذن له في أحد الأمرين، نظر: فإن كان ما ولاه مصرًا كثير السواد كالبصرة، كان نظره مختصًا بالبلد اعتبارًا بالعرف، فإن استعداه أحد على أهل السواد: فإن كان أقل من مسافة يوم وليلة، لزمه إحضاره، وإن كان على مسافة القصر يوم وليلة فأكثر، ففي وجوب إحضاره وجهان.

وإن كان العمل مشتملًا على مصرين متباعدين كالبصرة وبغداد فهو بالخيار في النظر في أيهما شاء، فإذا نظر في أحدهما ففي انعزاله عن الآخر وجهان محتملان.

فرعان:

أحدهما: إذا قلنا بمنع الاستخلاف، فاستخلف في أمر عام، وحكم الخليفة فهل يلزم حكمه؟

قال القاضي أبو الطيب: إن حكم مجبرًا لم ينفذ، وإن لم يجبر عليه [كان كالتحاكم][٥] في لزومه بنفسه أو توقفه على الرضا بعد الحكم، [وكذلك][٦] ذكر[٧] الماوردي وابن الصباغ.

قال مجلي: وهذا فيه نظر؛ لأنهما إنما ترافعا إليه لاعتقادهما أنه حاكم منصوب فيلزم[٨] حكمه، فإذا لم يكن كذلك فكيف يلزمهما حكمه وهو فاسد كنصبه؟! وهذا بخلاف من تراضيا عليه؛ لأنهما نصباه لأنفسهما. نعم، لو علما فساد توليته وتراضيا بما يحكم به بينهما فإنه يكون على القولين، فأما مع عدم علمهما بذلك فلا وجه له.

قلت: وقد يتخرج على خلاف حكيته فيما إذا باع بيعتين في بيعة، وباعه الثاني ما

---

(١) في ص: الاحتمالين.
(٢) في د: وحكى.
(٣) في ص: واقتصاره.
(٤) في ص: يفعل.
(٥) في ص: كالتحكيم.
(٦) سقط في ج.
(٧) في أ: ذكره.
(٨) في د: فلزمه.

عيَّنه في البيع الأول؛ بناء على أنه وجب [عليه](١) الوفاء بالبيع لأجل الشرط في البيع الأول.

وفي «الرافعي»: أنه ليس للقاضي إنفاذ حكم الخليفة، بل يستأنف الحكم بين الخصمين. وهو محمول على ما إذا [كان](٢) حكمه جبرًا؛ لأنه قد حكى ما حكيناه عن ابن الصباغ وغيره.

ولو استخلف في أمر خاص من سماع بينة أو تحليف، فمنهم من ألحق ذلك بالاستخلاف في الأمر العام، وعن القفال: القطع بالجواز وإن لم يكن مأذونًا له في الاستخلاف، وهو الأصح في «التهذيب»؛ لأن القاضي لا يستغني عن ذلك.

قال الرافعي: والذي اقتضاه إطلاق الأكثرين الأول.

الثاني: إذا قلنا بجواز الاستخلاف فليس من شرطه أن يوافق الخليفة المستخلف في المذهب، بل يجوز أن يولي الشافعي مالكيًّا وحنفيًّا وبالعكس، وهذا ما جزم به الماوردي في «الأحكام» و«الحاوي» هاهنا.

وقال القاضي أبو الطيب عند الكلام في أن كل مجتهد مصيب، أو المصيب واحد - [لا بعينه](٣) أنه المذهب؛ لأنه ليس يعلم حال التقليد أنه يحكم بخلاف(٤) ما يعتقده حقًّا؛ لأن على الحاكم أن يجتهد في الحكم عند كل حادثة، وربما تغير اجتهاده واختلف؛ فلما لم يكن [ذلك](٥) معلومًا حال التقليد، جوز له أن يقلده.

وحكى الماوردي في باب(٦) قتال أهل البغي - وكذلك القاضي أبو الطيب - في جواز ذلك وجهين حكاهما الزبيلي هنا، وربما نسبا إلى رواية ابن أبي هريرة.

وقال [القاضي](٧) أبو الطيب: [إن](٨) الذي نص عليه الشافعي -رضي الله عنه- المنع؛ فإنه قال: وهكذا من ولي شيئًا فينبغي(٩) ألا يوليه من يعلم أنه يعمل بخلاف الحق فيه. ونسب الروياني هذا النص إلى «المبسوط».

ثم على الأول: للنائب أن يحكم بما أدى إليه اجتهاده وإن خالف معتقد إمامه؛

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ، ج، ص.
(٤) في ج: خلاف.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ، ج، د، ص: كتاب.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ع: فإنه ينبغي.

كما[(١)] إذا كان حنفيًّا فرأى مذهب الشافعي في مسألة، أو بالعكس.

قال الماوردي في «الأحكام»: وقد منع بعض الفقهاء من اعتزى إلى مذهب أن يحكم بغيره؛ لتوجه التهمة إليه. وحكاه في «الحاوي» أيضًا، وأن بعض أصحابنا وافقه، ثم قال: وهذا وإن كانت السياسة تقتضيه بعد استقرار المذاهب وتميز أهلها، فحكم الشرع لا يوجبه[(٢)]؛ لما يلزمه[(٣)] من الاجتهاد في كل ما طريقه[(٤)] الاجتهاد.

ولفظ الغزالي في «الوسيط» يوافق هذا الوجه؛ لأنه قال: وليس له أن يشترط على النائب [الحكم][(٥)] بخلاف اجتهاده، أو بخلاف اعتقاده[(٦)] حيث يجوز تولية المقلد للضرورة، بل اعتقاد المقلد في حقه كالاجتهاد في حق المجتهد.

ثم على الصحيح لو شرط المولِّي على المولَّى في عقد التولية ألا يحكم[(٧)] إلا بمذهب بعينه -كمذهب الشافعي مثلًا- ففي «المهذب»[(٨)] و«التهذيب» وغيرهما: أن التولية باطلة؛ لأنه علقها على شرط، وقد بطل الشرط فبطلت التولية.

وفي «الوسيط»: أنه يحكم بما توافق عليه المذهبان لا غير.

وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم: أن القاضي أبا منصور[(٩)] [بن][(١٠)] أبي الشيخ أبي النصر بن الصباغ قال: سألت قاضي القضاة الدامغاني عما إذا ولى القاضي الحنفي نائبًا شافعيًّا، وشرط عليه ألا يحكم إلا بمذهب أبي حنيفة، هل يصح؟ فقال: نعم؛ فإن قاضي القضاة أبا حازم ولى أبا العباس بن سريج القضاء ببغداد على ألا يقضي إلا بمذهب أبي حنيفة، فالتزمه. وفي «الإشراف»: أن الشرط باطل، ويحكم بما يؤدي[(١١)] إليه اجتهاده.

ويقرب من ذلك ما في «فتاوى» القاضي الحسين: وهو أنه لو ولاه القضاء، واشترط عليه ألا يحكم بالشاهد واليمين، ولا [على][(١٢)] غائب - تصح التولية[(١٣)]، ويلغو الشرط حتى يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده.

---

(١) زاد في ع: نص.
(٢) في د: يدعه.
(٣) في أ: لا يلزمه.
(٤) في ج: بطريقة.
(٥) سقط في ص.
(٦) في د: اعتقاد.
(٧) زاد في ع: له.
(٨) في ج: المذهب.
(٩) في أ، ج، د، ع: المنصور.
(١٠) سقط في ص.
(١١) في ج: أدى.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في ص: توليته.

وفي «الحاوي»: أن الشرط إن كان عامًّا بأن قال: لا يحكم في جميع الأحكام إلا بمذهب الشافعي مثلًا، فالشرط باطل؛ لأنه قد منعه من الاجتهاد فيما يجب [عليه فيه][(١)] الاجتهاد، ثم ينظر: فإن أخرج[(٢)] ذلك مخرج الأمر بأن قال: احكم بمذهب الشافعي، أو مخرج النهي بأن قال: لا تحكم بمذهب أبي حنيفة - صح التقليد، وإن بطل ما أمره به أو نهاه عنه. وإن جعله بلفظ[(٣)] الشرط في العقد فقال: على أن تحكم بمذهب الشافعي، أو: على ألا تحكم بمذهب أبي حنيفة - بطل التقليد؛ لفساد الشرط؛ لأنه معقود على شرط فاسد.

قال في «الأحكام»: فإن [كان][(٤)] المولِّي عالمًا بأنه اشترط ما لا يجوز كان قدحًا فيه، دون ما إذا لم يعلم، وإن كان الشرط خاصًّا في حكم بعينه، فإن كان أمرًا فقال: أقد من المسلم بالكافر ومن الحر بالعبد، كان أمره بهذا الشرط فاسدًا، فإن تجرد عن لفظ الشرط صح التقليد، وإن قرنه بلفظ الشرط بطل التقليد، وإن كان نهيًا فهو على ضربين:

الأول: أن ينهاه عن الحكم في قتل المسلم بالكافر والحر بالعبد، ولا يقضي فيه بموجب قود ولا بإسقاط، فهذا شرط فاسد وتقليد صحيح؛ لأنه اقتصر بولايته على ما عداه، فصار خارجًا عن[(٥)] نظره.

والثاني: أن ينهاه عن القضاء بالقصاص، ولا ينهاه عن الحكم فيه، فقد اختلف أصحابنا فيه[(٦)]، هل [هذا النهي][(٧)] يوجب صرفه عن النظر فيه؟ [على وجهين:

أحدهما: يكون صرفًا عن النظر فيه][(٨)]؛ فلا يحكم فيه بإيجاب قود ولا بإسقاطه، فعلى هذا يكون التقليد صحيحًا فيما عداه.

والثاني: [أنه][(٩)] لا يقتضي الصرف، وليصير النهي عنه أمرًا بضده أن يقتص من المسلم بالكافر، ومن الحر بالعبد، وقد تقدم حكم الأمر بذلك، والإمام إذا شرط على القاضي الحكم بمذهب بعينه هذا شأنه.

---

(١) في أ، ج، د: عليه، وفي ص: فيه.
(٢) في ج، ص، ع: خرج.
(٣) في ج: باللفظ.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ، ج، د، ص: من.
(٦) في أ، د، ص، ع: في هذا النهي.
(٧) سقط في أ، د، ص، ع.
(٨) سقط في ع.
(٩) سقط في ج.

فروع:

إذا أطلق الإمام التولية، وقلنا: بجواز الاستخلاف، فإذا نهاه بعد ذلك، هل[١] يجب عليه الانتهاء؟ قال ابن أبي الدم: هذا ينبغي أن يبنى[٢] على الخلاف في انعزال القاضي بالعزل، فإن قلنا: [ينعزل، فيجب عليه أن ينتهي، ولا يجوز أن يستخلف، وإن قلنا: لا ينعزل][٣]، فهذا فيه نظر عندي، وقاعدة الإنابة[٤] تقتضي أنه متى نهاه ابتداء أو دوامًا لا يجوز [له][٥] الاستخلاف.

إذا تنازع خصمان في الحضور إلى الأصل أو [إلى][٦] النائب، [فطلب أحدهما المحاكمة إليه،وطلب الآخر المحاكمة إلى النائب][٧] - قال في «الحاوي»: إن كان القاضي في يوم التنازع ناظرًا، فالداعي إليه أولى من الداعي إلى خليفته؛ لأنه[٨] الأصل، وإن كان الناظر خليفته [كان الداعي إليه أولى؛ لأنه أعجل.

هل يجوز للقاضي عزل خليفته؟][٩] أطلق بعضهم القول بجوازه إن كان هو الذي ولاه، وإن كان الإمام [هو الذي][١٠] استنابه [عنه][١١] فوجهان، وهما في «الحاوي» في أوائل الباب، وقال هاهنا: إنا إذا قلنا: يجوز له أن يستخلف فيما يقدر على مباشرته بنفسه مع ما لا يقدر على مباشرته بنفسه، [فإن استخلف فيما يقدر على مباشرته بنفسه][١٢] جاز له أن يعزله مع بقائه على سلامته، وإن استخلف فيما لا يقدر على مباشرته، ففي جواز عزله مع بقائه على سلامته وجهان.

وقال القاضي أبو الطيب: جواز[١٣] عزله مع سلامة الحال ينبني على أنه ينعزل بموته [أم لا][١٤]؟ فإن قلنا: [ينعزل بموته، انعزل بعزله، وإلا فلا ينعزل. وهذا منه بناء على][١٥] أن القاضي الأصل لا ينعزل بموت[١٦] الإمام، كما[١٧] سنذكره عند الكلام

---

(١) في ج: فهل.
(٢) في ص: ينبني.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: الإنالة، وفي د: الإمام.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ، ج، د، ص.
(٧) سقط في ج، ع.
(٨) زاد في د: محل.
(٩) سقط في د.
(١٠) في أ، د: قد.
(١١) سقط في ج.
(١٢) سقط في أ، د، ص.
(١٣) في أ: بجواز.
(١٤) سقط في ع، ص.
(١٥) سقط في د.
(١٦) في أ، ج، د، ع: بعزل.
(١٧) في ع: وكذا.

في موت القاضي الكاتب؛ لأنه ذكر هذه المسألة ثم.

[أما][١] إذا استخلف من لا يصلح[٢] للقضاء نظر: فإن كان لفسق ونحوه، لم ينفذ شيء من أحكامه، وإن كان لفقد أهلية الاجتهاد، فإن[٣] كان مستخلفًا في أحد الأركان، فالمعتبر أن يكون أهلًا للاستقلال بذلك الركن، وإلا فهو كالفسق.

وعن الشيخ أبي محمد: أن نائب القاضي في القرى إذا لم يفوض إليه إمضاء الأحكام[٤]، بل سماع البينة ونقلها - فلا يشترط منصب الاجتهاد في حقه، بل العلم اللائق بأحكام البينات[٥].

قال الإمام: وهذا يحوج إلى خطب صالح من الفقه.

تنبيه: إطلاق الشيخ القول بجواز استخلاف من يصلح للقضاء يدل على جواز استخلاف [أبيه أو][٦] ابنه إذا[٧] كان يصلح له، وقد صرح به البغوي، وكذا الماوردي، ووجهه بأن [ما بينهما][٨] من البعضية يجري[٩] مجرى نفسه، وحكمه بنفسه جائز؛ فجاز بمن هو بعضه، وكذلك جاز للإمام أن يستخلف في أعماله من يرى من أولاده. نعم، لو رد الإمام إلى القاضي اختيار قاض لم يكن له أن يختار ولده ولا والده؛ لأن رد الاختيار إليه يمنعه من اختيار نفسه؛ فمنع[١٠] اختيار من يجري بالبعضية مجرى نفسه.

قلت: قد حكى البغوي والخوارزمي في «الكافي»: أن القاضي هل [يسمع][١١] شهادة ولده ووالده [أم لا][١٢]؟ فيه وجهان، وصحح ابن أبي الدم منهما المنع، وكذلك في «البحر» قبل[١٣] كتاب الشهادات، وكأنَّ وَجْهَهُ تضمُّنُهُ التعديل، وهو متهم فيه، وإذا كان كذلك فهذا المعنى موجود في تفويض الحكم إليه؛ فينبغي أن يمتنع[١٤] كالشهادة.

فإن قيل: لا نسلم أن مأخذ المنع من قبول الشهادة التهمة في التعديل، بل يجوز أن

---

(١) سقط في ع.
(٢) في ج: يصح.
(٣) في د، ع: من، وفي ص: بأن.
(٤) في ص: الحكم.
(٥) في د: الباب.
(٦) سقط في ع.
(٧) في ص: إن.
(٨) في أ: ما بينهم، وفي ع: مباشرتهم.
(٩) في أ، ع: يجريهم، وفي د: يجري هو.
(١٠) في ع: منع.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في ص.
(١٣) في ص: قبيل.
(١٤) في د: يسمع.

يكون مأخذه أنه منزل[١] منزلة نفسه كما ذكرنا، ونحن فقد نمنع حكم القاضي [بعلمه][٢]، فكذا بقول ولده، ولا كذلك الحكم؛ فإنه يجوز أن يحكم بنفسه؛ فكذلك بعضه.

قلت: بل كلام البغوي كالمصرح بأن المأخذ في المنع التهمة، ألا ترى أنه قال بعد ذلك: وكذا إذا[٣] زكى المزكي ولده، هل تقبل شهادته؟ فيه قولان؟! وعلى هذا التقدير كان يلزم الماوردي الجزم بمنع التولية؛ لأنه جزم عند الكلام [في أصحاب المسائل، وكذا الروياني والفوراني بمنع التزكية، لكن قد يقال: إن محل جزمه][٤] بجواز التولية إذا كان ثابت العدالة عند غيره؛ فإن في هذه الحالة رجح الإمام الحكم بشهادته، والله أعلم.

قال: وإن احتاج إلى كاتب استحب أن يكون مسلمًا عدلًا عاقلًا[٥] **فقيهًا**.

هذا الفصل [ظاهره][٦] يقتضي أمرين:

أحدهما: جواز اتخاذ الكاتب عند الحاجة، ولا شك فيه، وقد قال القاضي أبو الطيب وغيره: إنه يستحب اتخاذه؛ لأن النبي ﷺ كان له كتاب[٧]؛ منهم: علي بن أبي طالب، وهو الذي كتب القضية بين رسول الله ﷺ وبين [قريش يوم][٨] الحديبية، ومنهم - كما قال ابن عباس - رجل يقال له: السجل، ومنهم زيد بن ثابت، وقد رُوِيَ عَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ أَنَّهُ قَالَ: [قَالَ][٩] لِيْ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَتُحْسِنُ العِبْرَانِيَّةَ؛ فَإِنَّ اليَهُوْدَ يَكْتُبُونَ إِلَيَّ، وَمَا أُحِبُّ أَنْ يَقِفَ عَلَى كُتُبِي كُلُّ أَحَدٍ؟» فَقُلْتُ[١٠]: لَا [، قَالَ][١١]: «[فَتَعَلَّمْهَا][١٢]»، [قَالَ][١٣]: فَتَعَلَّمْتُهَا فِي نِصْفِ شَهْرٍ[١٤] - وَرُوِيَ: فِي بِضْعَةَ عَشَرَ يَوْمًا - فَكُنْتُ أَقْرَأُ كُتُبَهُمْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَأَكْتُبُ لَهُمْ[١٥]. وقد كان للخلفاء الأربعة كُتَّاب.

---

(١) في أ، د، ص، ع: ينزل.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ع: لو.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: عالمًا.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: كاتب.
(٨) سقط في ص، ع.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في ج، ع: قلت.
(١١) سقط في أ، ع.
(١٢) سقط في ع.
(١٣) سقط في أ، ع.
(١٤) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ١٩٨).
(١٥) ذكره ابن عبد البر في الاستيعاب (٢/ ٥٣٨).

والمعنى فيه: أن الحاكم مشغول بالحكم والاجتهاد، [فاشتغاله](١) بالكتابة يقطعه(٢) عن ذلك.

ومحل الاستحباب: إذا كان الكاتب لا يطلب أجرًا، أو طلب وكان له رزق من بيت المال، أما إذا لم يكن في بيت المال ما يرزق منه الكاتب، فقد قال البغوي في كتاب القسمة: إنه لا يتعين(٣) في هذه الحالة [له](٤) كاتب(٥).

وقال القاضي الحسين ثم: [إنه](٦) لا يجوز أن يعين له كاتبًا.

والفوراني وصاحب «البحر» وغيرهما قالوا: [لا يستحب له](٧) اتخاذ كاتب معلوم؛ لأنه يؤدي إلى التحامل على الناس، ولكنه يخلي بينهم وبين من يستأجرونه.

والأمر الثاني: ما يستحب أن يكون في الكاتب من الصفات، وقد بين منها أربعة:

إحداها: الإسلام، ووجه اعتباره قوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمۡ لَا يَأۡلُونَكُمۡ خَبَالٗا﴾ [آل عمران: ١١٨]، وقوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ عَدُوِّي وَعَدُوَّكُمۡ أَوۡلِيَآءَ﴾ [الممتحنة: ١]، وفي اتخاذ الكافر كاتبًا اتخاذه بطانة ووليًّا، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ أَبَا مُوْسَى الأَشْعَرِيَّ قَدِمَ عَلَى عُمَرَ وَمَعَهُ كَاتِبٌ نَصْرَانِيٌّ، فَأَعْجَبَ عُمَرَ خَطُّهُ وَحِسَابُهُ، فَقَالَ عُمَرُ [لأَبِي مُوْسَى:](٨) أَحْضِرْ كَاتِبَكَ لِيَقْرَأَهُ، فَقَالَ أَبُو مُوْسَى: إِنَّهُ نَصْرَانِيٌّ لَا يَدْخُلُ المَسْجِدَ؛ فَزَبَرَهُ عُمَرُ وَقَالَ: لَا تَأْمَنُوْهُمْ وَقَدْ خَوَّنَهُمُ اللهُ، وَلَا تُدْنُوهُمْ وَقَدْ أَبْعَدَهُمُ اللهُ، وَلَا تُعِزُّوهُمْ وَقَدْ أَذَلَّهُمُ اللهُ(٩)!

فإن قيل: هذا يقتضي أن تكون صفة الإسلام واجبة.

قلنا: قد قال به بعض الأصحاب(١٠)، ولم يورد الماوردي وأبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم سواه، وهو الصحيح.

والقائل(١١) بالأول قال(١٢): ما يكتبه لا بد وأن يقف عليه القاضي، ثم يمضيه؛

---

(١) في ج: فلو اشتغل.
(٢) في ج: انقطع.
(٣) في أ، ج، د: يعين.
(٤) سقط في ص، ع.
(٥) في د: كتاب.
(٦) سقط في ص، ع.
(٧) في ص: يستحب.
(٨) سقط في ج.
(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠ / ١٢٧).
(١٠) في ج: أصحابنا.
(١١) في ص: والقائلون.
(١٢) في ص: قالوا.

فتؤمن فيه الخيانة، وقد حكي عن «البيان» تصحيحه[(١)]، وكأن قائله -والله أعلم- أخذ ذلك من قول الشافعي -رضي الله عنه- في «الأم»: ما ينبغي لقاض ولا والٍ أن يتخذ كاتبًا ذميًّا، ولا يضع الذمي موضعًا يفضل به مسلمًا، ويعز على المسلمين أن يكون لهم حاجة إلى غير أهل دينهم، والقاضي أقل الخلق في هذا عذرًا. انتهى. فأجرى اللفظ على ظاهره، وحمل ذلك على الكراهة، والأولون حملوه على المنع.

والثانية: العدالة، ووجه اعتبارها أن القاضي [قد يغفل عن][(٢)] قراءة [ما يكتبه][(٣)] الكاتب أو يقرؤه، فإذا كان عدلًا أمن منه الخيانة، بخلاف ما إذا كان فاسقًا.

وقد أطلق الماوردي وأبو الطيب وغيرهما القول باشتراط العدالة فيه، ولفظ صاحب «المرشد»: ويجب أن يكون عدلًا. ووجهه الماوردي بأنه مؤتمن على إثبات الإقرار والبينات وتنفيذ الأحكام؛ فافتقر إلى صفة من تثبت به الحقوق كالشهادة.

وهذا أخذ من قول الشافعي -رضي الله عنه- في «المختصر»: ولا ينبغي [أن يتخذ][(٤)] كاتبًا حتى يجمع أن يكون عدلًا [عاقلًا][(٥)]، ويحرص أن يكون فقيهًا لا يؤتى من جهالة، نزهًا[(٦)] بعيدًا من الطمع.

وقد حكى الوجهين [في «المهذب»][(٧)] في اعتبار العدالة [كما حكاهما في الإسلام][(٨)].

وعن صاحب «البيان»: أنا إن اعتبرنا الإسلام اشترطنا العدالة.

ثم قد يفهم من توجيه جواز كونه كافرًا [و][(٩)] فاسقًا اختصاص هذا الوجه بما إذا كان القاضي كاتبًا، أما إذا كان أميًّا وجوزناه فيجب القطع بالمنع؛ لفوات المعنى المجوز، والله أعلم.

---

(١) قوله: فإن قيل: هذا يقتضي أن تكون صفة الإسلام في الكاتب واجبة، قلنا: قد قال بعض الأصحاب، ولم يورد الماوردي وأبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم سواه، وهو الصحيح، والقائل بالأول قال: ما نكتبه لا بد وأن يقف عليه القاضي ثم يمضيه، فيؤمن فيه الخيانة، وقد حكي عن «البيان» تصحيحه. انتهى كلامه. وهذه الحكاية عن «البيان» غلط، فإن الذي صححه إنما هو اشتراط الإسلام، وعبر بالأصح. [أ و].

(٢) في أ: عند.

(٣) سقط في د.

(٤) سقط في ص، ع.

(٥) سقط في د.

(٦) في د: تنزيها.

(٧) سقط في ج، د، ص.

(٨) سقط في ج.

(٩) سقط في ص.

والثالثة: العقل؛ كما أشار إليه الشافعي -رضي الله عنه- قال الأصحاب: وليس يريد به ما يتعلق به التكليف، وإنما يريد به شدة العقل والذكاء والتحصيل[(١)] حتى لا يخدع أو[(٢)] يدلس عليه. وقد جزم القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما باشتراط ذلك؛ لظاهر النص، والرافعي وافق الشيخ في استحباب ذلك.

والرابعة: الفقه؛ ليعلم صحة ما يكتبه من فساده، وقد وافق الشيخ على استحباب هذا الوصف القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر»، وإليه يرشد قول الشافعي -رضي الله عنه-: ويحرص أن يكون فقيهًا. والمراد بالفقيه هاهنا- كما أشار إليه أبو الطيب والماوردي-: الفقيه في أحكام الكتابة، وما يتعلق بالشروط[(٣)] من المحاضر والسجلات، واستعمال الألفاظ الموضوعة[(٤)] لها، والتحرز من الألفاظ المجملة، وجودة الخط حتى يرتبها؛ فلا يترك نسخة يمكن إلحاق شيء فيها يفسد به المعنى، ويفصلها فلا يكتب سبعة مثل تسعة، وما أشبه ذلك.

وفي «ابن يونس» أنه قد قيل باشتراط وصف الفقه كما قيل باشتراطه في الأمور السابقة، وكلام الماوردي يشير إليه؛ لأنه قال: وصفة كاتب القاضي ما ذكره الشافعي[(٥)] -رضي الله عنه- من أوصافه، وهي أربعة: العدالة، والعقل، والفقه، والنزاهة. فإذا ظفر القاضي بمن فيه هذه الأوصاف الأربعة - وأرجو أن يظفر به - جاز أن يستكتبه. وقضية ذلك: - أيضا - أن تكون النزاهة شرطًا - أيضًا - وهو ما يفهمه كلام صاحب «البحر» حيث قال: وتعتبر النزاهة؛ كي لا يستمال بالطبع. والقاضي أبو الطيب عطف ذلك على الفقه، فأفهم أن المراد به الاستحباب، وإليه يرشد قول الشافعي، وبه صرح الرافعي، ولما جعل الماوردي العدالة شرطًا قال: لا يجوز أن يستكتب عبدًا وإن استكمل الأوصاف الأربعة؛ لأن الحرية شرط في كمال العدالة. وتبعه في ذلك الروياني. و[هو][(٦)] في «تعليق» البندنيجي أيضًا.

وقضية قول من جوز أن يكون كافرًا أو فاسقًا، جواز استكتاب العبد حيث يجوز[(٧)] استخدامه، وقد استحب الأصحاب فيه أن يكون حاسبًا؛ لأنه يحتاج إلى

---

(١) في أ: بالتحصيل.
(٢) في ص، ع: و.
(٣) في ع: بالشرط.
(٤) في ج: الموصوفة.
(٥) في د: القاضي.
(٦) سقط في أ، ج، د، وفي ع: هما.
(٧) في ج، د، ص، ع: يسوغ.

الحساب في المقاسم[١] والمواريث.

قال ابن القاص - كما قال ابن الصباغ في أوائل الباب-: ويحرص أن يكون فصيحًا عالمًا بلغات الخصوم، حافظًا العجمية إلى العربية.

قال: ولا يتخذ حاجبًا ولا[٢] **بوابًا**؛ لما قدمناه في [باب][٣] أدب السلطان، وقد رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ بْنَ الخَطَّابِ -رَضِيَ اللهُ عَنْهُ- قَلَّدَ سَعْدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ الكُوْفَةَ، فَقَضَى فِيْهَا زَمَانًا[٤] بِغَيْرِ حَاجِبٍ، ثُمَّ اتَّخَذَ حَاجِبًا؛ فَعَزَلَ عُمَرُ حَاجِبَهُ[٥]، ولأنه ربما أخر المتقدم وقدم المتأخر، ومنع من له ظلامة، فلو خالف واتخذه كره.

قال: فإن احتاج اتخذ حاجبًا؛ لأجل الحاجة، عاقلًا [أي][٦] كما وصفنا في الكاتب[٧]، أمينًا بعيدًا من الطمع؛ لأن اتصافه[٨] بذلك يمنع ما ذكرناه من المحذور.

ثم هذه الأوصاف يظهر أن تكون واجبة، وإن لم تكن واجبة في الكاتب؛ لأن ما يتفق من[٩] خيانة [لو اتفقت من الكاتب، أزاحها[١٠] القاضي بنظره، وما يتفق من خيانة][١١] تصدر من الحاجب والبواب، لا مستدرك لها، ويقوي ذلك أن الماوردي قال: الشروط المعتبرة في الحاجب نوعان: واجب، ومستحب:

فأما الواجب: فثلاثة: العدالة، والعفة، والأمانة.

وأما المستحب[١٢]: فخمسة: أن يكون حسن المنظر، جميل المخبر، عارفًا بمقادير الناس، بعيدًا من [الطمع][١٣] والهوى والعصبية، معتدل الأخلاق بين الشراسة واللين.

وحكى القاضي أبو الطيب عن ابن المنذر: أنه يستحب أن يكون خصيًّا؛ حتى[١٤] يكون أبلغ في العفة.

---

(١) في أ: المقاسمة.
(٢) في التنبيه: أو.
(٣) سقط في ج، ص، ع.
(٤) في ج: زمنًا.
(٥) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٢٩).
(٦) سقط في ع.
(٧) زاد في ص: أي.
(٨) في ع: أوصافه.
(٩) زاد في ص: الكاتب.
(١٠) في ص: يزيحها.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ، ص: المستحبة.
(١٣) سقط في أ، د، ص، ع.
(١٤) في أ: قد.

وهذا في وقت انتصابه للأحكام؛ كما نبه عليه كلام الشيخ الآتي من بعد، أما[1] إذا اتخذه في غير وقت انتصابه للحكم لم يكره.

قال الماوردي: بل إذا احتجب عن الناس في ذلك الوقت كان أحفظ لحشمته وأعظم لهيبته، وكان بعض أصحابنا يقول: إنما يكره للقاضي اتخاذ الحاجب في زمان [الاستقامة وسداد أهله، فأما في زمان][2] الاختلاط والتهارج واستطالة السفهاء والعامة، فالمستحب له أن يتخذ حاجبًا؛ لحفظ هيبته، [ومَنْع][3] استطالة الخصوم. قال في[4] «البحر»: وبهذا أقول في زماننا. وقال القاضي أبو الطيب في أوائل الباب: ويستحب [له][5] أن يتخذ حاجبًا يقوم على رأسه إذا قعد، ويقدم الخصوم ويؤخرها، فإذا حكم بين الخصمين وقاما دعا بغيرهما.

وفي «النهاية»: أن الصيدلاني ذكر وجهين في أن القاضي هل يتخذ حاجبًا؟ ثم ذكر طريقين في محل الوجهين:

إحداهما: أنه إذا لم يجلس للحكم فله ذلك، وإن جلس له[6] ففيه وجهان.

والثانية: [عكس هذه][7].

قال الإمام: ولا معنى عندنا للخلاف، ولكن[8] إن كثرت الزحمة وكانت المصلحة في اتخاذ حاجب ليمنع الزحمة اتخذه، وإن[9] كانت المصلحة على خلاف ذلك اتبعها. وهذا منطبق[10] على ما حكاه الشيخ وكذا صاحب «الكافي».

قال: ويأمره ألا يقدم خصمًا على خصم، ولا يخص في الإذن قومًا دون قوم، أي عند الاستواء؛ حراسة للقلوب عن التباغض.

قال: ولا يقدم أخيرًا[11] **على أول**؛ لأن تقديم المتقدم واجب، ومخالفة ذلك حرام؛ ففي أمره بذلك تحامٍ عن الظلم.

والخصم - بفتح الخاء - يقع على الرجل والمرأة، والجماعة منهما - بلفظ واحد.

---

(١) في ص: ما.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ، د، ص، ع: ويمنع من.
(٤) في ص: صاحب.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ص: للحكم.
(٧) في ص: عكسها.
(٨) في أ: لكن.
(٩) في أ: فإن.
(١٠) في أ: ينطبق.
(١١) في ج: آخرًا.

قال الجوهري: ومن العرب من يثنيه ويجمعه، فيقول: خصمان وخصوم.

والخصيم[(١)] هو الخصم، وجمعه: خصماء، وخاصمته مخاصمة وخصامًا، فخصمته، أخصمه - بكسر الصاد - [والاسم: الخصومة. [واختصموا][(٢)] تخاصموا، والخصم - بفتح الخاء وكسر الصاد][(٣)]-: شديد الخصومة. ويقال للجانب من الغرارة والخرج، وكل شيء: خصم، بضم الخاء.

قال: ويوصي الوكلاء على بابه بتقوى الله -تعالى- ويأمرهم بطلب الحق؛ لأنه الحق، [وخلافه حرام][(٤)].

قال: ويوصي أعوانه، أي الرسل الذين يحضرون الخصوم [إليه][(٥)] بتقوى الله - تعالى - والرفق بالخصوم؛ لأن الإجحاف ظلم، والأمر بتركه من جملة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والقاضي أحق به.

[ثم واحد][(٦)] «الأعوان»: عون، وأصله: الظهير المعاون. وتقوى الله - تعالى-: امتثال أمره واجتناب نهيه، ومعناه: الوقاية من سخطه وعذابه، سبحانه وتعالى.

قال: ولا يتخذ شهودًا مرتبين[(٧)] **لا يقبل غيرهم**؛ لأن ذلك يؤدي إلى إدخال المشقة على عامة[(٨)] الناس؛ لأن من احتاج[(٩)] أن يشهد على حقه احتاج أن يقطع إليهم[(١٠)] المسافة، وربما وجب له حق في موضع لم يحضروه[(١١)]؛ فلا يمكنه إثباته بالشهادة فيضيع.

قيل: [وأول][(١٢)] من اتخذ ذلك إسماعيل[(١٣)] بن إسحاق المالكي، واتبعه سائر القضاة في بعض البلاد.

وهذا المنع قال في «الحاوي»: إنه مكروه؛ لأنه مستحدث خولف فيه الصدر الأول، وتبعه صاحب البحر، والذي جزم به القاضي أبو الطيب وغيره: أن ذلك حرام؛

(١) في أ: الخصم.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ، د، ص.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ج: وواحد.
(٧) في التنبيه: مرتين.
(٨) في ج: عوام.
(٩) زاد في ع: إلى.
(١٠) في ج: لهم.
(١١) في ص: يحضره.
(١٢) في أ: أول.
(١٣) في أ: إبراهيم.

لأنه مخالف للكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، ولم يخص[(١)]، وقال ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ»[(٢)]، ولم يفرق، وقد أجمع المسلمون على أن العدل مقبول الشهادة.

أما إذا رتب قومًا للشهادة ولكنه لا يمتنع[(٣)] من قبول [شهادة][(٤)] غيرهم - قال الماوردي: فذلك[(٥)] جائز من غير كراهة.

قال: ويتخذ قومًا من أصحاب المسائل أمناء ثقات برآء من الشحناء بينهم وبين الناس؛ ليعرف حال من يجهل عدالتهم من الشهود؛ لأنه لا يمكنه البحث بنفسه.

واعتبار الأمانة - وهي العدالة - خشية من الخيانة في المسألة والطمع في الاستمالة بأخذ الرشا.

واعتبار الثقة التي أرادها[(٦)] وهي وفور العقل؛ ليصلوا بوفور عقولهم إلى غوامض الأمور بلطف[(٧)]، ويؤمن أن يتم عليهم خداع أو حيلة، وأيضًا فإن وافري العقل يتجنبون قول المتهم؛ فلا يسألوا عن الشاهد عدوه، فيظهر قبيحًا [ويخفي حسنًا، أو صديقه، فيظهر حسنًا ويخفي قبيحًا][(٨)].

واعتبار البراءة من الشحناء - وهي بالمد-: البغض والعداوة بسبب نشب، أو حسد، أو مذهب كأهل الأهواء والعصبية - حتى لا يحملهم ذلك على جرح مخالفيهم وأعدائهم وتعديل موافقيهم وأحبابهم.

قال الماوردي: ولأن مَنْ طباعه العداوة والحسد، من الخير بعيد، ومن الشر[(٩)] قريب، فلم يوثق بخبره.

ومجموع لفظ الشافعي -رضي الله عنه- في «الأم» و«المختصر» في صفاتهم: أن يكونوا جامعين للأمانة في أديانهم، وافري العقول لا يغفلون بأن يسألوا الرجل عن

---

(١) في ج: يخنص.

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٦١٤) كتاب الشهادات، باب: اليمين على المدعي في الأموال والحدود، برقم (٢٦٦٩، ٢٦٧٠)، ومسلم (١/ ١٢٣) كتاب الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، برقم (٢٢١/ ١٣٨).

(٣) في ج، د، ع: يمنع.

(٤) سقط في ج.

(٥) في ص: فذاك.

(٦) سقط في د، وفي ص، ع: أراها.

(٧) في أ، ج، د، ع: بلفظ.

(٨) سقط في د.

(٩) في ص: الشرور.

عدوه فيخفي حسنًا ويقول قبيحًا، أو عن صديقه فيخفي قبيحًا ويقول حسنًا، برآء من الشحناء بينهم وبين الناس، [أو الحيف عليهم][(١)] أو الحيف على أحد، وألا يكونوا من أهل الأهواء والعصبية والمماطلة للناس؛ أي: اللجاج؛ لأن اللجوج ينصر هواه ويرتكب ما يهواه، ولا يرجع عن الخطأ إن ظهر له الصواب.

قال الماوردي: فإذا تكاملت هذه الأوصاف في أصحاب المسائل - وإن كان كمالها متعذرًا - صاروا أهلًا أن يعول عليهم في البحث ويرجع إلى أقوالهم في التعديل والجرح. وهذا يقتضي اشتراطها، وفي «النهاية»: أن هذه الأوصاف مستحبة.

قال: ويجتهد ألا يعرف بعضهم بعضًا، أي: بالصفة المذكورة؛ خشية أن يجمعهم الهوى على التواطؤ، ومن طريق الأولى: ألا يكونوا معروفين بذلك للناس؛ خشية أن يحتال عليهم الشهود، أو المشهود له أو عليه، برشوة أو غيرها.

قال الماوردي: وكذا يحرص ألا يعرفوا لمن يسألونه حال الشهود فيأمنوا من احتيال أعداء الشهود في إظهار الجرح، وأصدقائهم في إظهار التعديل.

وأرباب المسائل الذين أرادهم الشافعي -رضي الله عنه- هم المذكورون، كما ذكره الماوردي.

وقال [الإمام][(٢)]: إن من الأصحاب من قال ذلك، ومنهم من قال: إنه أراد بهم الرسل الذين يحملون الرقاع إلى المزكين للبحث عن أحوال[(٣)] الشهود.

وهذا كأنه قول أبي إسحاق الذي سنذكره في [الباب][(٤)] التالي[(٥)] لهذا.

وحكى ابن أبي الدم أن منهم من قال: أراد[(٦)]: الذين يسألون المذكورين عن أحوال الناس.

قال: ولا يولي ولا يحكم ولا يسمع البينة في غير عمله، فإن فعل ذلك لم يعتد به؛ لأنه لا ولاية له فيه فأشبه سائر الرعية، وهكذا الحكم في الكتابة إلى قاض آخر.

وحكى الرافعي قبيل القسمة أن ابن القاص قال: إنه لا يحكم ولا يشهد في غير محل ولايته، فأما الكتاب فلا بأس به.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ، د، ص، ع: أحكام.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في ص، ع: الذي.
(٦) زاد في د، ص، ع: به.

قال الرافعي: وهو الذي يستمر على أصل الشافعي، رضي الله عنه.

وظاهر كلام الشيخ [يقتضي][(١)] أنه لا فرق في البينة التي سمعها[(٢)] في غير عمله بين أن تكون شاهدة بالحق كالغصب والإقرار ونحوه وهي ثابتة العدالة عنده، أو لا، ولا بين أن تكون شاهدة بالتزكية، وقد وقعت الشهادة بأصل الحق في العمل.

وفي «أدب القضاء» للزبيلي: أنه لو سمع الشهادة في غير عمله، ووقف على عدالتهم في عمله، وحكم بها - ففيه قولان. [قال][(٣)]: وهذا بناء على أن القاضي، هل يحكم بعلم نفسه أم[(٤)] لا؟

قلت: وفي هذا كلامان:

أحدهما: منع كون هذه الصورة[(٥)] من صور القضاء بالعلم؛ كما سيأتي.

والثاني: على تقدير التسليم، فأي معنى لفرض سماع عدالتهم في عمله، بل قد يظهر أن يقال: إن مأخذ الخلاف أن الاعتبار في شهادة الشهود إذا زكوا بوقت الأداء أو بوقت التزكية، وفيه كلام يرشد إليه قول[(٦)] الغزالي وإمامه في كتاب صلاة العيدين، فيما إذا شهد شاهدان بعد الغروب في يوم الثلاثين من رمضان رؤية الهلال ليلة الثلاثين-: إنا لا نصغي إليهما[(٧)]، ولو شهدا بعد الزوال يوم الثلاثين [وقبل الغروب عمل بشهادتهما[(٨)] في الفطر، وبان فوات العيد، ولو شهدا بعد الزوال وعدلا بعد الغروب][(٩)] ففي فوات الصلاة وجهان:

أحدهما: [لا][(١٠)]؛ لأن النظر إلى وقت التعديل [؛ فيصلون من الغد بلا خلاف][(١١)]، وقد عدلوا في غير وقته.

والثاني: النظر إلى وقت الشهادة، على أن [النظر إلى][(١٢)] هذا أيضًا بعيد.

ولو انعكس الحال، فسمع الشهادة في عمله والتعديل في غير عمله - قال ابن القاص: يحكم به؛ كذا حكاه في «الإشراف»، وزاد الرافعي في الحكاية عنه أن هذا

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: يسمعها.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: أو.
(٥) في أ: الصور.
(٦) في ج: كلام.
(٧) في ج: لهما.
(٨) في ج، د، ع: بشهادتهم.
(٩) سقط في ص.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ، ج، د، ص.
(١٢) سقط في أ، د، ص، ع.

بناء على [أن له أن يقضي بعلمه[١]].

وقال أبو سعد[٢]: هذا يخرج على][٣] قول من يقول: إن الشهادة على العدالة تجوز بالاستفاضة. وقال [أبو][٤] عاصم العبادي وغيره: القياس عندي أنه لا يحكم.

قال: ولا يجوز أن يرتشي ؛ لما روى أبو بكر بن المنذر عن أبي هريرة قال: لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي[٥] فِي الْحُكْمِ[٦].

وروى أبو داود عن عبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- قال: لَعَنَ [رَسُولُ اللهِ ﷺ الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي[٧]. وأخرجه ابن ماجه.

وروى ثوبان عن النبي ﷺ قال: «لَعَنَ][٨] اللهُ الرَّاشِيَ، وَالْمُرْتَشِيَ، وَالرَّائِشَ: الَّذِي يَمْشِي بَيْنَهُمَا»[٩]، وروى أنس نحوه.

ولأنه [إن أخذ للحكم][١٠] بغير حق، فالحكم بغير الحق[١١] حرام، والأخذ عليه حرام، وإن أخذ على إيقاف الحكم فهو يلزمه الحكم لمن وجب له؛ فتركه حرام، وإن

---

(١) في ع: بعمله.
(٢) في أ: سعيد.
(٣) سقط في د.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في ص، ع: الرائش.
(٦) أخرجه الترمذي (٣/ ٦١٣) كتاب «الأحكام»، باب: «ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم» برقم (١٣٣٦)، وأحمد (٢/ ٣٨٧ ٣٨٨)، وابن الجارود ص (١٥٠) رقم (٥٨٥)، والخطيب في «تاريخ بغداد» (١٠/ ٢٥٤)، رقم (٥٣٧٠)، وابن حبان (١١/ ٤٦٧) برقم (٥٠٧٦)، والحاكم (٤/ ١٠٣).
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
(٧) أخرجه أبو داود (٣/ ٣٠٠) كتاب البيوع، باب: في كراهية الرشوة، برقم (٣٥٨٠)، والترمذي (٣/ ٦١٤) كتاب الأحكام: باب ما جاء في الراشي والمرتشي، برقم (١٣٣٧)، وابن ماجه (٢/ ٧٧٥) كتاب الأحكام، باب: التغليظ في الحيف والرشوة، برقم (٢٣١٣)، وأحمد (٢/ ١٦٤، ١٩٠، ١٩٤، ٢١٢)، وابن الجارود في «المنتقى» برقم (٥٨٦)، والحاكم (٤/ ١٠٢ ١٠٣)، والبيهقي (١٠/ ١٣٨ ١٣٩) كلهم من طريق أبي سلمة عن عبد الله بن عمرو... به.
وقال الترمذي: حسن صحيح.
(٨) سقط في د.
(٩) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٤/ ٤٤٤) برقم (٢١٩٦٥)، وأحمد (٥/ ٢٧٩)، والطبراني في المعجم الكبير (٢/ ٩٣) برقم (١٤١٥).
(١٠) في ج: أخذ ليحكم.
(١١) زاد في ع: فهو.

أخذ[١] على أن يحكم بالحق فليس له؛ لأنه يأخذ الرزق [على ذلك][٢] من الإمام، فليس له أن يأخذ عليه عوضًا آخر.

أما دفع الرشا فهل يجوز؟ قال الأصحاب كما حكاه أبو الطيب [والإمام][٣] والماوردي وابن الصباغ: إن كان يطلب بما دفع الحكم بغير الحق [أو إيقاف][٤] الحكم بالحق حرم عليه، وإن كان يطلب به وصوله إلى حقه لم يحرم عليه، وإن كان حرامًا على غيره؛ كما لا يحرم عليه أن يفك الأسير بماله.

قال في «المرشد»: وتحمل لعنة الراشي والمرتشي على ما إذا قصد بها[٥] إيقاف الحكم [بالحق][٦] أو الحكم بالباطل، ولذلك قال الله -تعالى: ﴿لِتَأۡكُلُواْ فَرِيقٗا مِّنۡ أَمۡوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلۡإِثۡمِ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ﴾... [الآية][٧] [البقرة: ١٨٨]، والمتوسط بينهما هو تابع لموكله فيهما، فإن [كان وكيلا][٨] عنهما كان[٩] فعله حرامًا.

وهذا الكلام من الأصحاب يدل على أن الرشوة تكون لطلب حق ولطلب باطل، وقد حكي عن ابن كج[١٠] [أنه][١١] قال: الرشوة عطية بشرط أن يحكم له بغير حق، والهدية عطية مطلقة.

وكلام الماوردي يخالفه؛ فإنه قال: الرشوة: ما تقدمت الحاجة، والهدية ما تأخرت.

والذي حكاه الغزالي في «الإحياء» منطبق على الأول؛ فإنه قال: المال [إن][١٢] بذل لغرض آجل فهو قربة وصدقة، وإن بذل لغرض[١٣] عاجل: فإن كان لغرض مال في مقابلته[١٤] فهو [هبة][١٥] بثواب مشروط أو متوقع، وإن كان لغرض عمل[١٦] محرم أو واجب متعين فهو رشوة، وإن كان مباحًا فإجارة أو جعالة، وإن كان للتقرب

---

(١) في ج: أخذها.
(٢) في أ: على غير ذلك، وفي د، ص، ع: من بيت المال.
(٣) سقط في أ، ع.
(٤) في ج: وإيقاف.
(٥) في ج: بهم.
(٦) سقط في أ، ج، د، ع.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، د، ص، ع: توكل.
(٩) في أ: فإن.
(١٠) في ع: سريج.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في ص: في عوض.
(١٤) في ص: مقابله.
(١٥) سقط في ص.
(١٦) زاد في أ: متوقع.

والتودد للمبذول له: فإن كان لمجرد نفسه فهدية(١)، وإن كان ليتوسل بجاهه إلى أغراض ومقاصد: فإن كان جاهه بعلم أو نسب أو صلاح فهدية، وإن كان بالقضاء والعمل بولاية فرشوة.

وقد تقدم في هذا الباب حكم البذل في هذه الحالة.

قال القاضي أبو الطيب في «تعليقه»، وكذا(٢) الشيخ أبو حامد كما حكي عنه: إن تحريم أخذ الرشوة على الحاكم إذا كان [له رزق](٣) من بيت المال، فأما إذا لم يكن له رزق، [أي](٤): وكان(٥) ممن يجوز أن يفرض له، فقال للمتحاكمين: لست أقضي(٦) بينكما حتى تجعلا لي رزقًا [عليه](٧) - فإنه حينئذ يحل له ذلك. [وعلى ذلك](٨) [جرى](٩) الجرجاني في «التحرير»(١٠).

قال ابن الصباغ: ويجوز مثل ذلك؛ لأنه لم يذكر أنه طلبه من أحدهما(١١)، وأما أخذه من أحدهما(١٢) للحكم بالحق، فإنه يجري مجرى الهدية، وسنذكرها(١٣).

واعتبر البندنيجي في جواز ذلك: أن يكون مشغولًا في معاشه بحيث يقطعه النظر عن اكتساب المادة؛ كما [قاله في «الحاوي»](١٤)، أما إذا لم يقطعه إما لغنائه(١٥) بما يستجده، وإما لقلة المحاكمات التي لا تمنعه من الاكتساب(١٦) - لم يجز أن يرتزق من الخصوم، ثم اعتبر [الماوردي](١٧) في حالة الجواز - مع ما ذكرناه - ثمانية شروط:

أحدها: أن يعلم به الخصمان قبل التحاكم إليه، فإن لم يعلما(١٨) إلا بعد التحاكم(١٩) لم يجز أن يرتزقهما.

الثاني: أن يكون على الطالب والمطلوب، ولا يأخذ من أحدهما فيصير [به](٢٠)

---

(١) في د، ص: فهو هدية.
(٢) في أ، د: وكذلك.
(٣) في ع: يرزق.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ص: فإن كان.
(٦) في ج: أحكم.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في ع، وفي د: ذكره.
(١٠) في أ، ع: البحر.
(١١) في ج، ع: أحدهم.
(١٢) في ج، ع: أحدهم.
(١٣) في أ: وسبيلها.
(١٤) في ج: قال الماوردي.
(١٥) في أ، د، ص، ع: بغناء.
(١٦) في ج: الكسب.
(١٧) سقط في ج، ع.
(١٨) في أ، د، ص، ع: يعلماه.
(١٩) في أ، د، ص، ع: الحكم.
(٢٠) سقط في ج.

متهما[(١)].

الثالث: أن يكون عن[(٢)] إذن الإمام؛ فإن لم يأذن لم يجز.

الرابع: ألا [يوجد متطوع][(٣)]؛ فإن وجد لم يجز.

الخامس: [أن يعجز [الإمام][(٤)] عن دفع رزقه[(٥)]، فإن قدر [على ذلك][(٦)] لم يجز.

السادس][(٧)]: أن يكون ما يرتزقه[(٨)] من الخصوم غير مُضِرٍّ بهم، فإن أَضَرَّ بهم وأثر عليهم [لم يجز][(٩)].

السابع: ألا يستزيد[(١٠)] على قدر حاجته، فإن زاد عليها لم يجز.

الثامن: أن يكون قدر المأخوذ مشهودًا، يتساوى فيه جمع الخصوم، وإن تفاضلوا في [المطالبات، فإن فاضل بينهم لم يجز إلا أن يتفاضلوا][(١١)] في الزمان؛ فيجوز.

قال: وفي مثل هذا معرة [تدخل على جميع][(١٢)] المسلمين، وإن جازت في الضرورات فواجب على الإمام وكافة المسلمين أن تزال مع الإمكان؛ إما بأن يتطوع منهم بالقضاء من يكون من أهله، وإما بأن[(١٣)] يقام لهذا بالكفاية؛ لأنه لما كانت ولاية القضاء من فروض الكفايات كان رزق القاضي بمثابة ولايته، فلو اجتمع أهل البلد مع أعوان بيت المال على أن جعلوا للقاضي من أموالهم رزقًا دارًّا جاز، وكان أولى أن يؤخذ من أعيان الخصوم.

وفي «الرافعي» أن القاضي أبا سعد[(١٤)] الهروي قال: الأكثرون منعوا ما إذا رزقه أهل ولايته [أو واحد من الناس. وقال في موضع آخر -أعني: الرافعي-: لو رزق الإمام القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته][(١٥)]، أو واحد منهم - فالذي

---

(١) في أ، د، ع: متهومًا.
(٢) في ع: بعد.
(٣) في أ، د، ص، ع: يجد متطوعًا.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: رزقته.
(٦) سقط في أ، ج.
(٧) سقط في د.
(٨) في أ، د، ع: يُرزَقه.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في ج، ع: يزيد.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في ج: على.
(١٣) في أ: أن.
(١٤) في ج، ع، ص: سعيد.
(١٥) سقط في د.

خرجه صاحب «التلخيص»: أنه لا يجوز له قبوله. لكن قد ذكرنا[(١)] في باب الأذان: أنه كما يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال، يجوز أن يكون من مال الإمام أو واحد من الرعية.

وأطلق الماوردي وصاحب «البحر» في كتاب القسمة القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يأخذ [شيئًا][(٢)] من[(٣)] الرعية إذا لم يكن له رزق من بيت المال، وفرق بينه وبين القسمة بما سنذكره فيها، إن شاء الله تعالى.

وحكي [عن][(٤)] ابن كج أنه قال: ذكر جماعة من فقهاء أصحاب أبي حنيفة والشافعي: إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال فله أن يأخذ عشر ما يتولاه من أموال اليتامى والوقوف؛ للضرورة. ثم بالغ [في][(٥)] الإنكار عليه، وقال: أي ضرورة في هذا؟! [إن لم يتفرغ للقضاء من غير رزق فليمتنع.

ومن ذهب إلى هذا][(٦)] فكأنه ذكر العشر تمثيلًا وتقريبًا، ولا بد من النظر إلى كفايته وإلى[(٧)] قدر المال والعمل، والله أعلم.

تنبيه: في الرشوةِ وجَمْعِها أربعُ لغاتٍ: رِشْوة ورِشَا - بكسر الراء في المفرد والجمع - ورُشوة ورُشًا - بالضم[(٨)] فيهما - ورِشَوْة - بالكسر، ورُشًا بالضم - وعكسهما، ورشوة - بالفتح - وقد رشاه يرشوه [رَشْوًا][(٩)]، وارتشى: أخذ رشوة، واسترشى: طلبها.

قال: ولا يقبل هدية ممن لم يكن له عادة بالهدية [له][(١٠)] **قبل الولاية**، أي: وإن لم يكن له حكومة؛ لقوله ﷺ: «هَدَايَا الْعُمَّالِ غُلُولٌ»[(١١)]، وروي «سُحت»، وإذا كان ذلك[(١٢)] في العامل، ففي القاضي أولى.

---

(١) في ج: ذكر.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: مال.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في د.
(٧) في أ: إلى.
(٨) في أ: بضم.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في التنبيه.
(١١) أخرجه أحمد (٥/ ٤٢٤)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ١٥٤)، وقال الهيثمي: رواه الطبراني في الكبير، وأحمد من طريق إسماعيل بن عياش عن أهل الحجاز، وهي ضعيفة.
(١٢) في ع: كذلك.

وفي «الوسيط»: أن القبول[(١)] في حال عدم المحاكمة[(٢)] والحالة هذه جائز، لكن الأولى أن يُثيب أو يضع[(٣)] في بيت المال.

وفي «النهاية» أن القبول مكروه في هذه الحالة، وهو[(٤)] أشد كراهة من القبول فيما إذا [لم تكن][(٥)] له عادة بالهدية له قبل الولاية [وهو في غير عمله،][(٦)]، وعلى ذلك جرى في «البسيط».

والذي أورده العراقيون الأول، وكذلك البغوي وصاحب[(٧)] «الكافي»، واستدلوا له بما رواه[(٨)] الشافعي مسندًا عن أبي حميد الساعدي -رضي الله عنهما- قال: اسْتَعْمَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ رَجُلًا مِنْ بَنِي الأَوْدِيَةِ، يُقَالُ لَهُ ابْنَ اللُّتْبِيَّةِ عَلَى الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا قَدِمَ قَالَ: «هَذَا لَكُمْ، وَهَذَا أُهْدِيَ إِلَيَّ؛ فَقَامَ رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى المِنْبَرِ [خَطِيبًا][(٩)]، فَقَالَ: «مَا بَالُ العَامِلِ نَبْعَثُهُ عَلَى بَعْضِ أَعْمَالِنَا، فَيَقُولُ: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهْدِيَ إِلَيَّ؟! أَلَا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ أَوْ أُمِّهِ، فَيَنْظُرُ أَيُهْدَى لَهُ أَمْ لَا؟! وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا يَأْخُذُ أَحَدٌ مِنْهَا شَيْئًا إِلَّا جَاءَ بِهِ يَوْمَ القِيَامَةِ يَحْمِلُهُ عَلَى رَقَبَتِهِ، إِنْ كَانَ بَعِيرًا[(١٠)] لَهُ رُغَاءٌ، أَوْ بَقَرَةٌ لَهَا جُؤَارٌ، أَوْ شَاةٌ تَيْعِرُ»، ثُمَّ رَفَعَ يَدَهُ حَتَّى رَأَيْنَا عفرَ إِبْطِهِ، ثُمَّ قَالَ: «اللَّهُمَّ هَلْ[(١١)] بَلَّغْتُ، اللَّهُمَّ هَلْ بَلَّغْتُ»[(١٢)]، وقد أخرجه مسلم والبخاري وغيرهم، وإن اختلفت ألفاظهم.

وابن اللتبية: هو[(١٣)] عبد الله، وهو بضم اللام وسكون التاء ثالثة الحروف وتحرك أيضًا، وبعدها باء موحدة[(١٤)] مكسورة وياء آخر الحروف مشددة، وتاء تأنيث. وقد قيل: ابن الأتبية، بضم الهمزة وسكون التاء ثالثة الحروف وتحرك أيضًا.

---

(١) زاد في ع: مكروه.
(٢) في ص: الحكومة.
(٣) في أ، ع: يضيع.
(٤) في ع: وهذا.
(٥) في ج، ص، ع: كانت.
(٦) سقط في ج، ص، ع.
(٧) في ع: وكذلك.
(٨) في ج: روى.
(٩) سقط في أ، د، ص، ع.
(١٠) في ج: جملًا.
(١١) في ع: قد.
(١٢) أخرجه الشافعي في مسنده ص (٦٨)، والبخاري (١٥/ ٦٨) كتاب الأحكام، باب: هدايا العمال، برقم (٧١٧٤)، ومسلم (٣/ ١٤٦٣) كتاب الإمارة، باب: تحريم هدايا العمال، برقم (٢٦/ ١٨٣٢).
(١٣) زاد في أ، د، ص: اسمه.
(١٤) في أ: بواحدة.

وتيعر-بفتح التاء ثالثة الحروف، وسكون الياء آخر الحروف، وبعدها عين مهملة تفتح وتكسر، وراء مهملة-: الصياح، وقد قيل الثُّغاء للضأن، واليُعار للمعز، والجؤار -بضم الجيم وبعدها همزة-: الصوت، وحكى الأخفش أن بعضهم قرأ: ﴿عِجْلًا جَسَدًا لَهُ جُؤار﴾ الأعراف: ١٤٨].

قال: ولا ممن كانت له عادة - أي: بسبب رحم أو مودة - ما دامت له خصومة؛ لأن القبول في هذه الحالة بمثابة الرشوة.

قال البندنيجي: وهكذا[(١)] لو أحس أنها لحكومة حرم القبول.

قال: فإن لم تكن [له][(٢)] **خصومة جاز أن يقبل،** أي قدر ما جرت عادته بقبوله منه، ومثله؛ لخروج ذلك عن سبب الولاية، وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن النص في «الأم»، ولفظه: وما أهدى له ذو رحم ومودة كان يُهاديه قبل الولاية، فالترك أحب إليّ، ولا بأس أن يقبل ويتمول.

قال ابن الصباغ: ومن أصحابنا من قال: لا يجوز قبولها؛ للحديث السابق. ووجهه في «الحاوي»: بأنه يجوز أن تحدث له محاكمة، فيكون قد تسبب بالهدية للممايلة. وقضية كلام هذا القائل: أنه لا يجوز للحاكم قبول الهدية [بحال، وهو ما أورده الفوراني والمسعودي.

وعلى الأول - وهو ما ادعى البندنيجي أنه المذهب][(٣)] - قال [الشيخ][(٤)]: والأولى[(٥)] **ألا يقبل؛** حسمًا[(٦)] لمادة التهمة [بكل حال، وظاهر النص في «الأم» الذي تقدم: أنه يستحب ألا يقبل][(٧)]، وعلى هذا اللفظ جرى القاضي الحسين والإمام والبندنيجي وأبو الطيب.

أما إذا أهدي إليه أكثر مما جرت به عادته أو أرفع منه، مثل أن كان يهاديه بالطعام، فصار يهاديه بالثياب - لم يجز قبولها؛ كما صرح به الماوردي، وتبعه البغوي وصاحب «الكافي»؛ لأن الزيادة هدية بالولاية[(٨)] - وكان قضية هذا التعليل أن يطرد ذلك في الهدية للإمام، وسنذكر عنه ما يخالفه، وعلى رأي الغزالي وإمامه: لا يحرم القبول.

---

(١) في ع: وكذا.
(٢) سقط في ع.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ، ج، ص.
(٥) في التنبيه: والأفضل.
(٦) في ص، ع: للباب.
(٧) سقط في د.
(٨) في ج، ع: كالولاية.

وهذا كله إذا كانت الهدية في عمله من أهل عمله.

قال الماوردي: ونزوله على أهل عمله ضيفًا كقبول الهدية منهم، ولو كانت[١] الهدية في غير عمله من غير أهل عمله - لسفره عن عمله[٢] - قال الماوردي: فنزاهته عنها[٣] أولى به من قبولها، فإن قبلها جاز ولم يمنع منها، وحكى ذلك الفوراني والبغوي أيضًا، ولفظ ابن الصباغ حكاية للفظ الشافعي: فإن أهدي إليه في غير عمله كرهت له ذلك؛ فإن قبل جاز. فأجراه الشافعي مجرى[٤] من جرت عادته بالهدية له، ومن أصحابنا من حرمه، وقد حكى هذا الوجه البندنيجي وأبو الطيب أيضًا.

[وعلى الأول][٥] قال في «الحاوي»: لو نزل ضيفًا عليهم فلا يكره إن كان عابر سبيل، ويكره إن كان مقيمًا.

ولو كانت الهدية في عمله من غير أهل عمله بأن أرسل بها رسول[٦]، فإن كان للمهدي حكومة حرم القبول، وكذا لو دخل بها [المهدي][٧] بنفسه ولا حكومة له؛ لأنه صار من عمله بالدخول [فيه][٨]، وإن أرسل بها ولا حكومة له؛ ففي جواز قبولها وجهان في «الحاوي».

فرع: ما حكم المال المأخوذ إذا قلنا: لا يجوز أخذه؟ أطلق ابن الصباغ فيه وجهين اتباعًا للقاضي أبي الطيب:

أحدهما: يرد إلى بيت المال للمصالح؛ لأنه أهدي إليه لمكان ولايته، وهو منتصب[٩] لمصلحة المسلمين، وكأن المهدي أهداه للمسلمين يصرف[١٠] في مصالحهم.

والثاني: يرد إلى صاحبه، ثم قال: وكذلك العامل في الصدقات إذا أهدي له، فيه وجهان:

---

(١) في ع: كان.
(٢) زاد في أ: أهل.
(٣) في أ: عنه.
(٤) زاد في ص: نفسه.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: إليه.
(٧) سقط في أ، د، ص.
(٨) سقط في أ، د، ص.
(٩) في ع: منصب.
(١٠) في ص: فصرف، وفي ج، ع: بالصرف.

أحدهما: يرد إلى الصدقات.

والثاني: يرد إلى مالكه.

والمذهب في «تعليق» البندنيجي في الصورتين: الأول، وفي «الحاوي» تخصيص الوجهين في الهدية للقاضي بالهدية المبتدأة التي لا مقابل لها، وقال فيما إذا وقعت قبل الحكم: فهي رشوة، فترد إلى مالكها وينفذ الحكم على المهدي إذا ردها[١] قبله أو بعده، وكذلك ينفذ له إن ردها قبل الحكم، وإن[٢] ردها بعده ففي نفوذه وجهان. وقال فيما إذا وقعت الهدية بعد الحكم جزاء لما جرى: إنها ترد على مهديها، وإن الحكم معها نافذ.

وقد حكى المراوزة فيما يفعل بالمال مع القول بالتحريم - وجهين:

أحدهما: يرد لمالكه، وهو الذي عليه الأكثرون؛ كما حكاه الإمام.

والثاني: أن القاضي يملكه؛ لأن الهبة صدرت من مطلق، وكذلك القبول والتحريم محمول على التعريض للتهمة في الأمر الظاهر، فالملك[٣] بالإضافة إلى التحريم كالصلاة في الدار المغصوبة، وهذا ما اختاره صاحب «التقريب»؛ كما حكاه الفوراني.

وأشار الإمام إلى أن هذا الخلاف يقرب من تردد الأصحاب في أن من دخل عليه وقت صلاة في السفر، ومعه ماء يكفيه لوضوئه[٤]، فوهبه ممن[٥] لا يحتاج إليه لسقيه - فهل يملكه؟ وأن الخلاف في مسألتنا مرتب على الخلاف في مسألة الماء.

وفي «التهذيب» و«الكافي» حكاية الخلاف في ملك[٦] القاضي له إذا لم يثبه، أما إذا أثابه ملكه.

وعن القفال أن البذل[٧] إن كان ممن له خصومة لم يملكه، وإن كان المهدي من أهل ولايته، ولا خصومة له و[لا][٨] كان يعتاد - الإهداء - فهل يملكه؟ فيه وجهان وهذا قريب من كلام الماوردي.

قال مجلي عقيب هذا الكلام: فإن قلنا: لا يملكه. فما الذي يفعل به؟ فيه وجهان:

---

(١) في أ: رده.
(٢) في ص: أو إن.
(٣) في ع: فالمالك.
(٤) في ع: في وضوئه.
(٥) في ج: من.
(٦) في أ: مسألة.
(٧) في ج: الباذل.
(٨) سقط في ع.

أحدهما: يدفع لبيت المال.

والثاني: يرد [إلى مالكه][١]. وكأنه[٢] أخذ هذا من مجموع الطريقين.

قال الرافعي: والقياس ما ذكره أبو الفرج الزاز، وهو أنه إذا لم يملكها يردها على مالكها، فإن لم يعرفه وضعت في بيت المال.

وهذا حكم الهدايا للقضاة، [وأما[٣] الهدايا][٤] للأئمة، فقد قال [في «الحاوي»][٥]: إنها إن كانت من هدايا دار[٦] [الإسلام][٧]، فهي على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يهدي إليه من يستعين به على حق يستوفيه، أو على ظلم يدفعه عنه، أو على باطل يعينه عليه - فهذه [رشوة محرمة][٨]، ويجب ردها على باذلها، ولا يجوز أن توضع في بيت المال، ويحرم على المهدي البذل في الصورة الأخيرة دون الأوليين.

الثاني: أن يهدي إليه من كان يهاديه قبل الولاية، فإن كان بقدر ما كان يهاديه قبل الولاية لغير حاجة عرضت [له][٩]، فيجوز له قبولها، وإن اقترن بها حاجة عَرَضَتْ[١٠] فيمتنع من القبول عند الحاجة، ويجوز أن يقبلها بعد الحاجة، وإن زاد في هديته على قدر العادة لغير حاجة، فإن كانت الزيادة من جنس الهدية جاز قبولها؛ لدخولها في المألوف، وإن كانت من غير جنس الهدية منع [من][١١] القبول.

الثالث: أن يهدي إليه من لم يكن يهاديه قبل الولاية، فإن كان لأجل ولايته[١٢] فهو رشوة يحرم عليه أخذها وإن كان الباذل مستحقًّا؛ للولاية، ويجب ردها، وهل يحرم البذل؟ فيه كلام ذكرته فيما تقدم في[١٣] هذا الباب. وإن كان لأجل جميل صدر له منه إما واجبًا أو تبرعًا، فلا يجوز قبولها [أيضًا؛ لأنه يصير مكتسبًا لمجاملته،

---

(١) في ج: لمالكه.
(٢) في ص: وهذا، وفي ع: وقد.
(٣) في ج: وكذا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: الماوردي.
(٦) في ج: بلاد.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ، د: الرشوة المحرمة.
(٩) سقط في أ، د.
(١٠) زاد في أ، د، ص: إليه، وفي ع: عليه.
(١١) سقط في د.
(١٢) في أ، د، ص: ولاية.
(١٣) في ع: من.

ويجب ردها، ولا يحرم البذل على المهدي][١]. وإن كان لا لأجل ولايته ولا مكافأة على[٢] جميل فهذه هدية بعث عليها جاهه[٣]، فإن [كان][٤] كافأه عليها جاز له قبولها، وإن لم يكافئه[٥] عليها فلا يقبلها لنفسه، وهل يقبلها لبيت المال؛ لأن جاه السلطنة لكافة المسلمين، أو يردها ولا يقبلها؛ لأنه المخصوص بها؟ فيه وجهان، ولا خلاف في أن رسول الله ﷺ كان يقبل الهدية؛ لأنه كان يكافئ عليها، ولا يميله عن الحق شيء؛ فذلك جاز له ولم يجز لغيره.

وإن كانت من هدايا دار الحرب جاز له قبول هداياهم، ثم ينظر: فإن كانت لأجل السلطنة كانت الهدية للمسلمين، وإن كانت لأجل مودة سلفت بينه وبينهم قبل السلطنة جاز [له][٦] أن يتملكها، وإن كانت لأجل حاجة عرضت، فإن كان لا يقدر على قضائها إلا بالسلطنة كان بيت المال أحق بها منه، وإن كان يقدر عليها بغير السلطنة كان أحق بها من بيت المال.

والهدية للعمال على جباية الخراج والصدقات إن صدرت من غير أهل عمله، فهي كالمهاداة بين غير الولاة من الرعايا، وسنذكر حكمها.

وإن كان من أهل عمله: فإن كانت قبل استيفاء الحق منه فهي رشوة يحرم عليه أخذها، سواء كان له رزق أو لا، وإن كانت بعد أخذ الحق منه: فإن كانت[٧] لأجل جميل صدر منه له كان يجب على العامل فعله، لم يجز أن يقبلها لنفسه إلا أن يعجل المكافأة، وهل يقبلها لبيت المال أو يردها على مالكها؟ فيه وجهان، وإن كانت بعد أخذ الحق منه على غير سبب أسلفه[٨]، فإن عجل المكافأة عليها بمثل قيمتها جاز أن يتملكها، وإلا فثلاثة أوجه:

أحدها: أنها[٩] تقر على العامل؛ لأن رسول الله ﷺ أَقَرَّ ابْنَ اللُّتْبِيَّةِ عَلَى الهَدِيَّةِ، وَلَمْ يَسْتَرْجِعْهَا مِنْهُ.

والثاني: تسترجع لبيت المال، وتضم [إلى][١٠] المال الذي استعمل عليه[١١]؛

---

(١) سقط في ع.
(٢) في ج: عن.
(٣) في أ: جاره، وفي ج: جاه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ، د، ص، ع: يكافئ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ع: كان.
(٨) في ع: استقبله.
(٩) في ج: أن.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في أ، د، ص، ع: فيه.

لوصولها بسببه، فإن رأى الإمام باجتهاد أن يعطيه إياها جاز إذا كان مثله يجوز أن يبدأ بمثلها، وإن رأى أن يشاطره عليها جاز؛ كَمَا فَعَلَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي ابْنَيْهِ حِيْنَ أَخَذَا مَالَ الفَيْءِ قَرْضًا، وَاتَّجَرَا فَرَبِحَا[١].

الثالث: إن كان العامل مرتزقًا قدر كفايته أخذت منه لبيت المال، وإن كان غير مرتزق أقرت عليه، ولو كان مرتزقًا ولم يكتف برزقه عما تدعوه الحاجة إليه استرجع منه ما تجاوز قدر حاجته. كذا قال تخريجًا لنفسه.

ويجوز بعد أخذ الحق منه أن يدخل في ضيافته إن كان مختارًا، ولا يجوز[٢] إن كان مستوطنًا ولا قبل أخذه الحق منه.

والهدية من الرعايا بعضهم لبعض إن كانت لطلب آجل أو عاجل، هو مال أو مودة - فجائزة، وفي بعض الصور مستحبة؛ كما تقدم في الباب، وفي الهبة.

وإن كانت لأجل شفاعة، فإن [كانت][٣] الشفاعة في محظور: كطلب محظور، أو إسقاط حق، أو معونة في ظلم - فقبولها حرام، وإن كانت الشفاعة في مباح لا يلزمه، فإن شرط [الهدية على المشفوع له فقبولها محظور، [وكذلك إن قال][٤] المهدي: هذه الهدية جزاء شفاعتك، فقبولها محظور][٥] أيضًا. وإن لم يشترطها الشافع، وأمسك المهدي عن ذكر الجزاء: فإن كان مهاديًا له قبل الشفاعة لم يكره القبول، وإلا كره له القبول ما لم يكافئه عليها، فإن كافأه لم يكره.

فرع: يكره للحاكم البيع والشراء في نفقة عياله وتدبير ضياعه، وكذا[٦] الاتجار بنفسه؛ لقوله - عليه السلام -: «مَا عَدَلَ [وَالٍ][٧] اتَّجَرَ فِي رَعِيَّتِهِ أَبَدًا»[٨]، ولأنه يشتغل بذلك عن القضاء الذي أخذ الرزق عنه، وربما حوبي، والمحاباة هبة.

قال الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم»: وذلك في مجلس الحكم أكره [له][٩].

---

(١) تقدم.
(٢) في ص: يدخل.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ص، ع.
(٦) في ص: وكذلك.
(٧) سقط في د.
(٨) أخرجه أحمد بن منيع في مسنده كما في المطالب العالية لابن حجر (٢/ ٢٣٤)، والطبراني في مسند الشاميين (٢/ ٢٧٢) برقم (١٣٢٢) من حديث أبي الأسود المالكي، عن أبيه، عن جده.
(٩) سقط في ج.

وينبغي أن يكون [له][(١)] وكيل يقوم بذلك، ولا يعرف أنه وكيله؛ كي لا يحابى، فإن وكل وكيلًا يعرف بوكالته استبدل به غيره، ولو لم يجد[(٢)] من ينوب عنه تولى ذلك بنفسه؛ لأنه لا بد [له][(٣)] منه.

فإذا وقعت لمن باعه[(٤)] حكومة استخلف من يحكم[(٥)] بينه وبين خصمه؛ لأنه إذا تولى الحكم بنفسه لم يأمن[(٦)] أن يميل إليه، قاله في «المهذب»، وهذا التحكيم على وجه الاستحباب، كما أشار إليه في[(٧)] «الحاوي».

قال: **ولا يحكم لنفسه ولا لوالده**، أي: من ذكر وأنثى وإن علا، **ولا لولده** أي: من ذكر وأنثى وإن سفل، **ولا لعبده** أي: القن أو المكاتب الكامل له أو له فيه شقص، **وأمته** أي: القنة أو المكاتبة أو أم الولد؛ لما يلحقه في ذلك من التهمة، ولأنه إذا لم تجز الشهادة لهم، فالحكم - وهو فوق الشهادة - أولى.

قال: **وإن[(٨)] اتفق لواحد[(٩)] منهم خصومة، حكم فيها بعض خلفائه**؛ إذ لا تهمة تلحقه، وهذا ما أورده [القاضي][(١٠)] أبو الطيب وابن الصباغ والبغوي وغيرهم، وقالوا: إذا لم يكن [له][(١١)] خليفة [ثَمَّ][(١٢)]، ترافعا[(١٣)] إلى قاضي [بلد][(١٤)] آخر، وإن كانا في بلد الإمام ترافعا[(١٥)] إليه، وقيل: إن قلنا: إن الخليفة ينعزل بموته، لم يحكم له؛ كذا قاله الغزالي، وهو مطرد في أبعاضه، كما قاله الرافعي، وجعله ابن يونس الأظهر فيما إذا كانت الخصومة له.

وقد حكى الماوردي هذا الوجه، ولم ينبه على ما ذكر[(١٦)]. ومقتضى البناء: أن يقال: إذا ترافع الإمام الأعظم وبعض الرعية إلى أحد القضاة، ألا يحكم له إذا قلنا: إن القاضي ينعزل بموت الإمام - كما سنذكره - وقد جزم الماوردي وغيره بجواز الحكم له؛ لأن القضاة ولاة[(١٧)] في حقوق[(١٨)] المسلمين، وإن صدرت ولايتهم عن الإمام.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يوجد.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ، د، ص، ع: بايعه.
(٥) في ج: ينوب.
(٦) في أ: يؤمن.
(٧) في ص: صاحب.
(٨) في التنبيه: فإن.
(٩) في التنبيه: لأحد.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في ع.
(١٢) سقط في أ، د، ص، ع.
(١٣) في د، ص: ترافعوا.
(١٤) سقط في ص.
(١٥) في ص: ترافعوا.
(١٦) في ص: ذكره.
(١٧) زاد في ع: الأمور.
(١٨) في ج: حق.

وقد حاكم علي يهوديًّا إلى شريح في دِرْع وهو قاضيه[١]، وعمر حاكم [أبي ابن][٢] كعب إلى زيد بن ثابت، وعثمان حاكم طلحة إلى جبير بن مطعم، ولم ينكر [ذلك][٣] أحد.

والفرق بين القاضي والإمام على هذا الوجه: أن القاضي يمكنه الترافع إلى قاض آخر [أو إلى][٤] الإمام، وليس كذلك الإمام لو امتنع ذلك.

وقد استدل بعضهم على جواز حكم الخليفة لقاضيه بفعل هؤلاء الصحابة -رضي الله عنهم - والفرق الذي ذكرناه يمنع الاستدلال، وما ذكره الشيخ من منع الحكم للوالد ونحوه هو المشهود في الطرق.

وقد اختلف كلام الماوردي [فيه][٥]:

فقال قبيل كتاب الشهادات: إن حكمه لهم مردود في قول جميع الفقهاء، وحكي عن أبي ثور جوازه [كالحكم][٦] لغيره. قال: وهو خطأ؛ لأن الحكم أقوى من الشهادة، وهو ممنوع من الشهادة لهم؛ فكان أولى أن يمنع[٧] من الحكم [لهم][٨].

وقال [قبل «كتاب][٩] قاض إلى قاض» بأربع أوراق: في جواز حكمه لوالديه[١٠] ومولوديه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز حكمه لهم كالشهادة.

والثاني: يجوز، وإن لم يجز أن يشهد لهم؛ لأن طريق الحكم ظاهر، وطريق الشهادة باطن؛ فتوجهت إليه التهمة في الشهادة، ولم تتوجه إليه في الحكم.

والثالث: أنه يجوز أن يحكم لهم بالإقرار، ولا يجوز أن يحكم لهم بالبينة؛ لأنه [قد][١١] يتهم بأنه[١٢] يعدل [منها ما ليس بعدل][١٣]، ولا يتهم في الإقرار.

وكلام الإمام يقرب من هذا؛ لأنه قال بعد حكاية ما ذكره الشيخ عن الأصحاب:

---

(١) في ج: حاكمه.
(٢) في ع: أبا.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ، ج، د، ص: وإلى.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ص: يمتنع.
(٨) سقط في ص.
(٩) في د: قبل كتب، وسقط في ص.
(١٠) في د: لوالد.
(١١) سقط في ص.
(١٢) في أ، ج، ص، ع: بأن.
(١٣) سقط في د.

والأصح التفصيل[(١)]، فنقول: قضاؤه له بعلمه مردود إن جوزنا القضاء بالعلم؛ قياسًا على الشهادة، وأما إذا قضى له ببينة، ففيه وجهان:

أصحهما - كما قال عند الكلام في تزكية الوالد للولد[(٢)]-: أنه يقضي.

[وقال][(٣)] في «الوسيط»[(٤)]: الأصح[(٥)] أنه لا يقضي؛ إذ إليه الاستقصاء في دقائق[(٦)] [أداء][(٧)] الشهادة والرد بالتهمة، وإليه التسامح فيه. وهذا لعله أخذه[(٨)] من كلام الإمام الذي سنذكره من بعد، وقد حكى الفوراني وجهًا: أنه يحكم لهم إذا قبلنا منه الشهادة لهم، وقد حكاه صاحب «التلخيص» أيضًا.

ثم على المذهب: فروع:

أحدها: إذا تحاكم إليه ولده ووالده، ففي الحكم لأحدهما على الآخر وجهان محتملان في «الحاوي»، أشار إليهما في «المهذب» بقوله: فقد قال بعض أصحابنا: إنه يحتمل وجهين.

والظاهر[(٩)] في «الرافعي»، وهو الذي أورده البغوي: المنع، ومقابله هو المختار في «المرشد»؛ لأنهما استويا في القرب، فانتفت تهمة الميل[(١٠)].

الثاني: لو سمع البينة، وفوض القضاء إلى غيره، فهل يجوز؟ فيه وجهان حكاهما الإمام، ثم قال: والوجه عندنا أن يقال: لا يقبل تعديله البينة[(١١)] فيما يتعلق بولده، وكذلك إذا كان هو الناقل. وفي «تعليق» القاضي الحسين أن ظاهر ما ذكره في «المختصر»: أنه تسمع منه الدعوى، وتسمع منه البينة، ولا يقضي له؛ لأنه قال: يرد[(١٢)] حكمه. فخص الحكم بالرد، ونص عليه؛ فدل على أن ما عدا الحكم غير مردود، وحكى مع ذلك احتمالًا للقفال في المنع.

الثالث: للوالد تحليف الولد عند الدعوى عليه، وإن كان فيه تفريغ ذمته وإسقاط المطالبة عنه؛ كذا قاله القاضي الحسين، وتبعه في الحكم البغوي وصاحب

---

(١) في د: تفصيل.
(٢) في د: الولد.
(٣) سقط في د.
(٤) في ص: البسيط.
(٥) زاد في د: في الوسيط.
(٦) في د: وثائق.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ، د، ص: أخذ.
(٩) في ج: والأظهر.
(١٠) زاد في ص: عنهما.
(١١) في ع: للبينة.
(١٢) في أ، ج، ع: رد.

«الكافي»، وقالا: لأن التحليف ليس بحكم، بل هو قطع للخصومة. وقالا أيضًا: [إنه][(١)] إذا أقام المدعي على الابن بينة، فأراد الابن دفعها ببينة، لم يسمعها، [بل يسمعها][(٢)] خليفته.

أما الحكم على من امتنع الحكم له، فلا شك في نفوذه في حق الوالد ومن في معناه، والعبد والأمة، وأما في حق نفسه فقد قال في «الحاوي»: إنه يؤاخذ به، لكن لكون ذلك إقرارًا أو حكمًا؟ فيه وجهان، فإن قلنا: يكون إقرارًا، صح فيما يصح[(٣)] الإقرار به، ويرد فيما لا يلزم الإقرار به؛ كشفعة الجوار إذا قال: حكمت بها على نفسي للجار. وإن [قلنا][(٤)]: يكون حكمًا على نفسه، فإذا حكم [عليها][(٥)] بشفعة الجوار لزمته، [وإذا حكم [على نفسه][(٦)] بمقاسمة الإخوة الجد في الميراث، وكان جدًّا لزمه[(٧)].

وعكس ما نحن فيه [العدو][(٨)] إذا حكم عليه[(٩)] عدوه لا ينفذ حكمه، وإذا حكم له نفذ [حكمه، كما][(١٠)] حكاه القاضي الحسين والغزالي وغيرهما.

وفي «الحاوي» عند الكلام في التحكيم في نفوذ الحكم عليه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يجوز أن يحكم عليه بولاية القضاء ولا بولاية التحكيم؛ كالشهادة.

والثاني: يجوز بهما، بخلاف الشهادة، [والفرق: أن أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة][(١١)] خافية؛ فانتفت التهمة عنه في الحكم، وتوجهت إليه في الشهادة، وهذا ما جزم به في «الأحكام السلطانية»، وقبل كتاب قاض إلى قاض كما ذكرنا.

وقال الرافعي لما وقف من كلامه على هذه الطريقة: وهذا يشكل بالتسوية بينهما في حق الأبعاض.

وفرق الماوردي بينهما بفرقين:

أحدهما: أن أسباب العداوة حادثة تزول بعد وجودها، وتحدث بعد عدمها،

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في أ، د، ص، ع: فيه.
(٤) سقط في ص، د.
(٥) سقط في ج.
(٦) في د، ص، ع: عليها.
(٧) في د، ص، ع: نفذ حكمه.
(٨) سقط في د.
(٩) في د: على.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في د.

وأسباب الأنساب لازمة، لا تحول ولا تزول؛ فغلظت هذه، وخففت تلك.

والثاني: أن الأنساب محصورة متعينة، والعداوة منتشرة [مستبهمة][(١)] يفضي ترك الحكم معها إلى امتناع كل مطلوب بما يدعيه من العداوة.

والوجه الثالث: يجوز بولاية التحكيم؛ لانعقادها عن اختياره [، ولا يجوز بولاية القضاء؛ لانعقادها بغير اختياره][(٢)].

تنبيه: مراد الشيخ بالحكم لعبده وأمته[(٣)] فيما ليس بمال إذا كان فيئًا كالقصاص في الأطراف على رأيه الذي حكيناه عنه في باب العفو والقصاص، والتعزير على رأيه ورأي غيره، وكذا [في][(٤)] المال إذا كان العبد هو المتصرف فيه بأن كان مكاتبًا، والكاف في قوله: «حكم فيها بعض خلفائه» مخففة.

فرع: وصي اليتيم إذا ولي القضاء فلا يقضي له؛ لأنه خصم في حقه كما في حق نفسه وولده، وهذا ما اختاره ابن الحداد.

وقال القاضي[(٥)]: يقضي؛ لأن كل قاض فهو ولي الأيتام.

قال [في][(٦)] «الوسيط» - وتبعه صاحب «الأشراف» والرافعي-: وهو الصحيح.

ولأجل ذلك قال ابن أبي [الدم: إنه][(٧)] الصحيح عند متأخري الأصحاب، وعليه العمل في الأمصار.

قال: ومن تعين **عليه القضاء** وهو مستغن [عنه،][(٨)] **لم يجز أن يأخذ** [**عليه الرزق من بيت المال**؛ لأنه فرض تعين عليه؛ فلم يجز **أن** يأخذ][(٩)]؛ لإسقاطه بدلًا؛ كما لا يجوز أن تعتق[(١٠)] الرقبة الواجبة [في الكفارة بعوض عليها، ولا تخرج الزكاة بعوض يشترطه على المسكين والفقير][(١١)].

وفي «الرافعي»: أن صاحب «التقريب» قال: يجوز أخذ الرزق [في هذه الحالة][(١٢)] كصاحب الطعام في المخمصة، وهذا ما حكاه في «الإشراف» عن أصحابنا بالعراق،

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في د.
(٣) في د: أو أمته.
(٤) سقط في أ.
(٥) في د: القفال.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: إنه هو.
(٨) سقط في أ، ج، د.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د، ع: تعين.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في ص.

والأول عن أصحابنا بخراسان؛ ولأجله قال الشيخ أبو علي: المعروف لأصحابنا أنه لا يجوز. كما حكاه عنه ابن أبي الدم.

قال: **وإن كان محتاجًا جاز [له]**[١]؛ لأنه لا يلزمه تضييع أمر نفسه لمراعاة حق غيره.

قال البندنيجي: ولأنه إذا أخذ الرزق في [هذه][٢] الحالة قام بفريضتين[٣]: فريضة القضاء، وفريضة الإنفاق على نفسه وعياله، والحاجة تتحقق بأن يكون لا مال له ولا كسب، أو له كسب لكن يتعطل [عنه][٤] بسبب القضاء.

ثم المأخوذ في هذه الحالة ما يحتاج إليه لنفسه ولخادمه من غير إسراف ولا تقتير؛ كما قاله الماوردي.

قال في «التهذيب» و«الكافي»: ويعتبر في الكسوة ما يليق بحاله في زمانه، ولا يستحق ذلك إلا من حين وصوله لعمله ونظره فيه، [أو تصديه][٥] للنظر وإن لم ينظر؛ كالأجير في العمل إذا سلم نفسه لمستأجره فلم يستعمله، ولو لم يتصد للنظر فلا رزق له، قاله الماوردي قبل الكلام في العزل.

قال: **ومن لم يتعين عليه**[٦] **جاز أن يأخذ [ما يحتاج إليه]**[٧] **لنفسه وخادمه**[٨]؛ لما روى أبو داود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن النبي ﷺ قال: «مَنِ اسْتَعْمَلْنَاهُ عَلَى عَمَلٍ فَرَزَقْنَاهُ رِزْقًا، فَمَا أَخَذَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ غُلُولٌ»[٩]، وَلِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ الله عنه - اسْتَقْضَى شُرَيْحًا وَجَعَلَ لَهُ فِي كُلِّ شَهْرٍ مِائَةَ دِرْهَمٍ، [فَلَمَّا أَفْضَتِ الخِلَافَةُ إِلَى عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - جَعَلَ لَهُ فِي كُلِّ سَنَةٍ[١٠] خَمْسَمِائَةِ دِرْهَمٍ][١١]، وَقَدْ أَخَذَ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ عَلَى القَضَاءِ رِزْقًا[١٢]، ولأن الله - تعالى - جعل للعاملين على الصدقات جزءًا منها، والقضاة بذلك

---

(١) سقط في أ، د.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ، ج، ص، ع: بفرضين.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ص، ع: وتصديه.
(٦) زاد في ع: القضاء.
(٧) سقط في ص، ع.
(٨) في أ: ولكاتبه، وفي د، ص، ع: ولخادمه.
(٩) أخرجه أبو داود (٣/ ١٣٤) كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب: في أرزاق العمال، (٢٩٤٣)، وابن خزيمة (٤/ ٧٠) برقم (٢٣٦٩)، والحاكم (١/ ٥٦٣).
(١٠) في الحاوي الكبير للماوردي (١٦/ ٢٩٢) بلفظ: في كل شهر.
(١١) سقط في د.
(١٢) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٢٩٢).

أولى؛ لأن النفع بهم أهم [وأعم](١)، ولأن ما لا يتعين فرضه يجوز أخذ الرزق عليه؛ كغسل الميت وحمله ودفنه.

قال الماوردي: ويكون هذا الرزق جعالة ولا يكون أجرة؛ لأن الأجرة مستحقة بعقد لازم، والجعالة مستحقة بعقد جائز، والقضاء من العقود الجائزة؛ فلذلك كان الرزق عليه جعلًا، وما ذكره من الحكم ينطبق عليه قول ابن الصباغ: لا يجوز عقد الإجارة على القضاء.

ووجَّهه بأنه عمل غير معلوم، والشيخ أبو حامد وجَّهه بأنه عمل لا يعمل الغير عن الغير، وإنما يقع عن نفسه ويعود نفعه على الغير.

وقال البندنيجى: ومن أصحابنا من سها، فقال: يجوز أخذ الأجرة على القضاء.

وعن «فتاوى» القاضي الحسين إلحاق ذلك بالأذان حتى تجوز الإجارة عليه على رأي؛ لأن كل واحد منهما يعود نفعه إلى عامة المسلمين.

قال: وللقرطاس الذي يكتب فيه المحاضر؛ لأن الحاكم لا يستغني عن إثبات الحجج والمحاكمات وكتب المحاضر والسجلات؛ خشية من النسيان، وذلك من عموم المصالح، فكان بيت المال أحق بها.

وفي معنى [ذلك](٢) أرزاق أعوانه من كاتب وحاجب ونائب وقاسم وسجان، وأجرة سجن أو ثمنه وأجير يحضر الخصوم.

قال البندنيجي: وقد بين الشافعي من يأخذ الجعل على عمل الخير فقال: ولو أن القاضي والقاسم وكاتب القاضي وصاحب الديوان وصاحب بيت المال والمؤذنين لم يأخذوا جعلًا وعملوا محتسبين، كان أحب إليَّ، وإن أخذوا جعلًا لم يحرم عليهم عندي، وبعضهم أعذر في أخذ الجعل من بعض، وما منهم من أحد كان أحب إليَّ(٣) أن يترك الجعل من المؤذنين، ولا بأس أن يأخذ الأجرة على الحج إذا كان قد حج عن نفسه، ويأخذ الجعل على أن يكتال [للناس، ويزن لهم ويعلمهم القرآن والنحو، وما يتأدبون به من شعر ليس(٤) بمكروه ونحوه](٥).

---

(١) سقط في أ، ص، د.
(٢) سقط في د.
(٣) زاد في ص: من.
(٤) في أ، د، ع: الشعر ما ليس.
(٥) سقط في ص.

قال: وإن احتسب ولم يأخذ، أي: لنفسه وخادمه - فهو أفضل؛ ليقع أجره على الله - تعالى - [مع][(١)] أنه أبعد عن التهمة.

وحكى ابن أبي الدم عن الشيخ أبي علي أنه يكره له الأخذ[(٢)] والحالة هذه.

ومحل الجواز إذا لم يجد متطوعًا بالقضاء، فإن وجده وهو صالح، فلا يجوز أن يعطى من بيت المال، صرح به الماوردي وصاحب «البيان»، وأشار إليه البندنيجي وابن الصباغ حيث قالا: ولا يولي من يطلب على القضاء رزقًا، فإن لم يجد كان له أن يولي من يعطيه رزقًا على نظره.

فرع: إذا تعذر الأخذ من بيت المال، فأمر ما يأخذه القاضي من الخصوم وغيرهم قد تقدم، وأما القرطاس ونحوه فقد قال الشافعي - رضي الله عنه-: إنه يقول للطالب: إن شئت فَأْتِ بصحيفة تكتب فيها شهادة شاهديك وكتاب خصومتك، ولا أُكرهك، ولا أقبل أن يشهد لك شاهد بلا كتاب. فأنسأ[(٣)] شهادته، واختلف الأصحاب في مراده بقوله: ولا أقبل أن يشهد لك... إلى آخره، على وجوه ليس[(٤)] هذا الكتاب موضوعًا لمثلها[(٥)]، وإن كنت قد ذكرتها في المبيضة.

وما ذكره الشيخ [من تحريم أخذ الرزق وجوازه، قال ابن الصباغ والبندنيجي:][(٦)] هو جارٍ في تحمل الشهادة وأدائها وإقامة الصلاة والأذان، وكذا العون يكون على من أرسله في طلب خصمه[(٧)]، وكذا كراء السجان على صاحب الحق؛ لأنه كالأجير له يحفظ مديونه، صرح [به][(٨)] الزبيلي، بخلاف[(٩)] أجرة السجن؛ فإنها على المحبوس.

فرع: إذا جعل الإمام علي القضاء رزقًا، فإن سماه للأصل اختص به، وإن سمى القضاء وأطلق شاركه فيه خلفاؤه بحسب كفاياتهم[(١٠)] في النظر وكثرة العمل، فإن عزل من استخلفه وقام بعمله، جاز أن يأخذ رزقه، وإن لم يقم به لم يجز أن يأخذه، قاله في «البحر» عند الكلام في الاستخلاف.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ، د، ص: أخذه.
(٣) في ص: فينشأ، وفي ع: فأبى.
(٤) في أ، ص، وليس.
(٥) في ج: ذكرها.
(٦) سقط في د.
(٧) في ص، ع: حقه.
(٨) سقط في ع.
(٩) في د: وكذا كراء.
(١٠) في ج: بقاياهم.

قال: و[١] **يحضر الولائم** أي: عند من ليس[٢] له[٣] حكومة ولم يعملها[٤] له بخصوصه[٥]؛ لأن الإجابة إلى الوليمة فرض على الأعيان [على قول بعض أصحابنا، وعلى قول آخرين. فرض على الكفاية][٦]. وحضور غيرها من الدعوات مستحب، والجمع بين الفرضين، فرض الحكم [وفرض الإجابة، أو بين فرض الحكم][٧] واستحباب الإجابة - أولى من انفراد أحدهما، هكذا أورده القاضي أبو الطيب، وكلامه في «المهذب» يميل إليه، ومختصر ما حكاه الماوردي ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الإجابة فرض عليه؛ كما هي فرض على غيره؛ فيأثم بالترك.

والثاني: لا تجب الإجابة عليه وإن وجبت على غيره على وجه، بل هي مستحبة.

قال في «البحر»: وأخذ هذا من قول الشافعي - رضي الله عنه -: ولا أحب أن يترك[٨] الوليمة، إما أن يجيب كُلًّا أو يترك كُلًّا. فلم يجعلها واجبة بل جعلها مستحبة، وهذا قول [أبي علي][٩] بن أبي هريرة، ولم يورد ابن الصباغ سواه، وهو الذي صححه في «البحر»، فعلى هذا يكره تركها.

والثالث: إن كان مرتزقًا لم يحضر؛ لأنه أجير المسلمين [فلم يجز أن يفوت [عليهم][١٠] حقوقهم[١١] [من ذلك الزمان][١٢]، وإن كان متطوعًا غير مرتزق [حضر][١٣]، وكان كغيره من الناس.

وهكذا[١٤] حكم الأئمة، ثم على كل حال إذا حضر المرتزق، فإن قل زمان حضوره كاليوم وما قاربه لم[١٥] يلزمه رد شيء من رزقه، وإن طال - وأقل [زمان طوله][١٦] ثلاثة أيام - ردَّ من رزقه بقسط ما أخل من نظره، ذكره في «الحاوي».

---

(١) زاد في التنبيه: يجوز أن.
(٢) في ص، ع، لم يكن.
(٣) زاد في ع: عنده.
(٤) في ج: نعمل.
(٥) في ع: مخصوصة.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في ص.
(٨) في أ، ص، ع: يتخلف عن، وفي د: يتأخر عن.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ص، ع.
(١١) في ص، ع: حقهم.
(١٢) في أ: من زمانهم، وسقط في ص، ع.
(١٣) سقط في د.
(١٤) في ع: وهذا.
(١٥) في ج: فلا.
(١٦) في ج: الطول.

أما إذا كان لصاحب الوليمة محاكمة، [أو لا وعملت][(١)] للقاضي بخصوصه - فهي كالهدية.

وفي «التهذيب»: أنه يكره أن يجيب [إلى][(٢)] دعوة خص بها القاضي أو الأغنياء، فإن دعا[(٣)] جيرانه وهو فيهم[(٤)]، أو دعا العلماء والقاضي منهم - لم تكره [له][(٥)] الإجابة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه إن دعي مع العامة لا تكره له الإجابة، وكذلك إذا دعاه مع جيرانه، وإن دعاه مع السادة والمشايخ تكره له الإجابة؛ لأن الداعي [ربما][(٦)] [يظن أنه][(٧)] يتخذ عنده يدًا بجمعه بينه وبينهم؛ فيطمع أن يميل فيما يرفعه إليه من[(٨)] خصوماته[(٩)].

قلت: وما أطلقه[(١٠)] من ذكر العامة لعله محمول على من ليس بسفلة منهم، ولا من أراذلهم، فأما المتصفين بذلك فقد ذكرنا في باب الوليمة أن أظهر الوجهين: أنه لا تجب الإجابة في هذه الحالة ولا تستحب، وإذا كان كذلك فقد حضر[(١١)] إلى ما ليس بمطلوب للشارع؛ فينبغي أن يمتنع [من الحضور][(١٢)].

قال: ويشهد مقدم الغائب؛ لأن هذه قربة يندب[(١٣)] إليها جميع الناس، فكان الولاة فيها كغيرهم؛ لأن المقصود بها طاعة الله - تعالى - وطلب ثوابه.

ومقدم الغائب - بفتح الميم والدال-: قدومه.

قال: ويسوي بين الناس في ذلك؛ تطييبًا لقلوبهم وتحاشيًا عن الميل.

قال: **فإن كثرت عليه وقطعته[(١٤)] عن الحكم امتنع [في حق][(١٥)] الكل**؛ لأن القضاء لا يقوم فيه غيره مقامه، وفي حضوره عند الجميع قطع له عنه، وفي حضوره عند قوم دون آخرين[(١٦)] ترجيح يورث[(١٧)] ضغانة في النفوس.

---

(١) في ج: أو عملت.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ج: دماه.
(٤) في د: منهم.
(٥) سقط في أ، د، ص، ع.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ: مع.
(٩) في ج: خصومات.
(١٠) في ص، ع: ذكره.
(١١) في ج: دعى.
(١٢) في أ، د، ص، ع: منه.
(١٣) في أ: مندوب.
(١٤) في التنبيه: وقطعه.
(١٥) في د: من حكم.
(١٦) في ج: قوم.
(١٧) في أ، د، ص، ع: يؤثر.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: ويعتذر إلى [الذي يدعوه ويعرفه اشتغاله][(١)] بالحكم، ويسأله أن يحلله.

قال في «البحر»: والأولى في زماننا هذا ألا يجيب أحدًا؛ لأن السرائر قد خبثت، والظنون قد تغيرت، ولكنه يعتذر إليهم، ويسألهم التحلل.

وألحق في «الإبانة» بحالة الكثرة[(٢)] ما إذا وجد من طبعه [أنه لا][(٣)] يجيب غير الداعي إذا دعاه، وقال: إن محل [جواز][(٤)] الإجابة ما إذا كان يجد من طبعه[(٥)] أنه يجيب غيره.

ثم ظاهر ما حكيناه[(٦)] من تعليل القاضي أبي الطيب بجواز حضوره الولائم، يقتضي استحباب الإجابة في وليمة العرس وغيرها، وعليه ينطبق قول[(٧)] البغوي: ولا يستحب للقاضي التخلف عن الولائم إذا دعي إليها، خصوصا وليمة العرس والختان.

قال: **ويعود المرضى ويشهد الجنائز**؛ لما في ذلك من وافر الأجر، وكامل الثواب، روي عن النبي ﷺ أنه قال: «عَائِدُ المَرِيضِ فِي مَخْرَفٍ مِنْ مَخَارِفِ الجَنَّةِ حَتَّى يَرْجِعَ»[(٨)].

والمخرف: البستان، وقيل: الطريق، قاله القلعي.

وَعَادَ رَسُولُ اللهِ ﷺ جَابِرًا وَسَعْدًا فِي مَرَضِهِمَا[(٩)]، وَعَادَ غُلَامًا يَهُودِيًّا فِي جِوَارِهِ، وَعَرَضَ عَلَيْهِ الإِسْلَامَ فَأَجَابَ[(١٠)].

قال: **فإن كثرت[(١١)] عليه، أتى من ذلك ما لا يقطعه عن الحكم.**

قال الماوردي: والفرق بين هذين وحضور الولائم من وجهين:

أحدهما: أن الولائم من حقوق الداعي؛ فاستوى [جميع][(١٢)] الدعاة في استحقاق الإجابة والعيادة، وحضور الجنائز من حقوقه؛ لأنه يقصد [به][(١٣)] الثواب؛ فجاز أن يخص.

---

(١) في ج: الذين يدعونه باشتغاله.
(٢) في أ: الكره.
(٣) في أ، ص: ألا.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ج: نفسه.
(٦) في د، ع: ذكرناه.
(٧) في د: كلام.
(٨) تقدم.
(٩) في د: مرضيهما.
(١٠) تقدم.
(١١) في التنبيه: كثر.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في أ.

والثاني: أن [في][١] الولائم ظنة ليست في العيادة والجنازة؛ فكان العموم فيها مزيلًا للظنة.

قال القاضي أبو الطيب - وهو في «البحر» [أيضًا][٢]-: ولأن [في][٣] عيادة المرضى والجنائز كثرة[٤]، وفي حضورها[٥] كلها مشقة شديدة وانقطاعه[٦] عما عليه من النظر، وفي ترك البعض تفويت للأجر بالكلية، ولأن ما لا يمكن استيعابه لا يكون تخصيص البعض دون البعض [فيه][٧]، ميلا وتفضيلا.

قال [القاضي][٨] أبو الطيب: ألا ترى أنه لو أصلح [هو][٩] دعوة، كان له أن يدعو البعض [ويدع البعض][١٠]؛ لعدم إمكان الاستيعاب، وهذا بخلاف الولائم، فإنها قليلة في العادة، والاستيعاب لا يقطعه.

قال في «الشامل»: ويقدم [فيها][١١] الأقرب فالأقرب.

وقد ألحق الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي والبغوي والمصنف في «المهذب» مقدم الغائب بالعيادة؛ نظرًا إلى الكثرة[١٢].

وحكى في «البحر» أن ابن المرزبان قال: سمعت القاضي أبا حامد يقول: الصحيح أن يعود الكل أو يترك الكل، وكذلك في الجنازة ومقدم الغائب.

قال الروياني: وهذا بخلاف ما قاله [سائر أصحابنا][١٣]، والشافعي ذكر ذلك في إجابة الوليمة دون غيرها؛ فلا يصح هذا القول.

قلت[١٤]: وإذا عرفت ذلك علمت أن الشيخ في هذا الكتاب أخذ بقول القاضي أبي حامد في مقدم الغائب؛ لقربه من حضور الولائم في الظنة [به][١٥] وإمكان[١٦] تصنعه، وبقول باقي الأصحاب في عيادة المرضى وشهادة الجنائز، والله أعلم.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، د، ص.
(٣) سقط في أ، د، ص.
(٤) في أ: تتكرر، وفي د، ص: أنكثر.
(٥) في أ، د، ص: حضور.
(٦) في ج: وانقطاع.
(٧) سقط في أ، ج.
(٨) سقط في د، ص، ع.
(٩) سقط في ج، د، ص، ع.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في ج.
(١٢) في أ: الكره.
(١٣) في ج: الأصحاب.
(١٤) في ج: قال.
(١٥) سقط في أ، ص.
(١٦) في ج: وإن كان.

قال: ولا يقضي وهو غضبان ولا جائع، أي: جوعًا شديدًا، ولا عطشان، أي كذلك، ولا مهموم، أي: [همًّا][(١)] كبيرًا[(٢)]، ولا فرحان، أي: كذلك، ولا يقضي والنعاس يغلبه، ولا يقضي والمرض يقلقه، ولا يقضي وهو حاقن، أي: يدافع البول، ولا حاقب، أي: يدافع الغائط، ولا في حر مزعج، ولا برد مؤلم.

والأصل في ذلك ما روي أن النبي ﷺ قال: «لَا يَقْضِي الحَاكِمُ[(٣)] بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»[(٤)] كما أخرجه البخاري ومسلم، ورواية الشافعي أن النبي ﷺ قال: «لَا يَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَقْضِيَ بَيْنَ اثْنَينِ وَهُوَ غَضْبَانُ»[(٥)].

قال الأصحاب: ومعلوم أنه ما أراد الغضب نفسه، وإنما أراد [الاضطراب الذي يحصل بالغضب[(٦)]. وهذا أخذوه من قول الشافعي - رضي الله عنه-: ومعقول في قوله ﷺ: «لَا يَحْكُمُ الْحَاكِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ - أَوْ: لَا يَقْضِي القَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ - وَهُوَ غَضْبَانُ»[(٧)]، أنه أراد][(٨)] أن يكون القاضي حين يحكم في حال لا يتغير فيها عقله [ولا خلقه، وإذا كان كذلك فهذه الأحوال يتغير فيها عقله][(٩)]؛ فالنهي عن الحكم فيها مأخوذ من النص، ويؤيده أنه جاء في رواية عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه - وهو راوي حديث مسلم والبخاري السابق - أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَقْضِي [القَاضِي][(١٠)] وَهُوَ غَضْبَانُ وَلَا مَهْمُومٌ وَلَا مُصَابٌ، »[(١١)]، وعن أبي سعيد الخدري قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا يَقْضِي الحَاكِمُ[(١٢)] [إِلَّا][(١٣)] وَهُوَ شَبْعَانُ

---

(١) في ص: مهمومًا، وسقط في ع.
(٢) في أ، ع: كثيرًا.
(٣) في ج، د، ص: الحكم.
(٤) أخرجه البخاري (١٣/ ١٣٦) كتاب الأحكام، باب: هل يقضي القاضي وهو غضبان، برقم (٧١٥٨)، ومسلم (٣/ ١٣٤٢) كتاب الأقضية، باب: كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، برقم (١٦/ ١٧١٧).
وقال الترمذي: حسن صحيح.
(٥) أخرجه الشافعي في مسنده ص (٢٧٦) برقم (١٣٢٧)، وأحمد (٥/ ٣٨).
(٦) في ص: به الغضب.
(٧) تقدم.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.
(١٠) سقط في د، ص.
(١١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٣٣) وعزاه إلى أبي عوانة من حديث عن عبد الملك بن عمير عن عبد الرحمن بن أبي بكرة أن النبي ﷺ قال... فذكره.
(١٢) في ج: القاضي.
(١٣) سقط في أ، ص.

رَيَّانُ»[١]، وما ذكرناه من أن عمر كتب إلى أبي موسى الأشعري: إياك والضجر والقلق والتأذي بالناس، والتنكر عند الخصومة - والمعنى فيه: أنه في هذه الأحوال[٢] لا يتوفر على[٣] الاجتهاد؛ لشغل قلبه.

وهذا المنع على[٤] وجه الكراهة، صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وصاحب «الكافي»، وكلام الماوردي[٥] يقتضي أن الأولى عدم الحكم في هذه الأحوال.

قال: فإن حكم في هذه الأحوال نفذ[٦] حكمه.

استدل الأصحاب لهذا بما رواه البخاري ومسلم عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ الزُّبَيْرِ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي شِرَاجِ الْحَرَّةِ الَّتِي يَسْقُونَ مِنْهَا، فَقَالَ الأَنْصَارِيُّ: سَرِّحِ الْمَاءَ يَمُرَّ، فَأَبَى عَلَيْهِ الزُّبَيْرُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ لِلزُّبَيْرِ: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ الْمَاءَ إِلَى جَارِكَ»؛ فَغَضِبَ الأَنْصَارِيُّ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، أَنْ كَانَ ابْنَ عَمَّتِكَ؟! فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رَسُولِ اللهِ ﷺ ثُمَّ قَالَ: «اسْقِ ثُمَّ احْبِسِ الْمَاءَ حَتَّى [يَرْجِعَ إِلَى][٧] الْجَدْرِ»، فَقَالَ الزُّبَيْرُ: فَوَاللهِ[٨] إِنِّي لَأَحْسِبُ هَذِهِ الآيَةَ نَزَلَتْ فِي ذَلِكَ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ الآية[٩].

وفي «الحاوي» في أوائل كتاب الأقضية: أنه قيل: إن خصم الزبير حاطب بن أبي بلتعة.

قال الأصحاب: ووجه الدلالة من هذا الخبر أن رسول الله ﷺ حكم في حال غضبه.

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط (٥/ ٣٦) برقم (٤٦٠٣)، والدارقطني (٤/ ٢٠٦) كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، برقم (٤)، والبيهقي (١٠/ ١٠٦) كتاب آداب القاضي، باب: لا يقضي القاضي إلا وهو شبعان ريان، والخطيب في «تاريخ بغداد» (٦/ ٢٧٧)، وابن حجر في «المطالب العالية» (٢/ ٢٤٨)، رقم (٢١٢٧)، وذكره الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ١٩٨)، وقال: رواه الطبراني في «الأوسط»، وفيه القاسم بن عبد الله ابن عمر، وهو متروك كذاب.

(٢) في ص، ع: الحالة.

(٣) في ج، د، ص، ع: عن.

(٤) في أ: في.

(٥) في ص: القاضي.

(٦) في ج: نقض.

(٧) في ج: يبلغ.

(٨) في ج: إي والله.

(٩) تقدم.

قلت: وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن الإمام وصاحب «التهذيب» وجماعة - كما قال الرافعي - قالوا: إن الغضب المنهي عن الحكم معه[(١)] هو الواقع لغير الله - تعالى - أما الواقع لله -تعالى - في الحكم فلا يكون منهيًّا عنه، وغضب رسول الله ﷺ في هذه الواقعة لله تعالى؛ فلا [يستدل بحكمه فيه على نفوذه][(٢)] في غيره، وهذا فيه بعد؛ لأن المحذور من الحكم في هذه الحالة ونحوها - كما ذكرنا - عدم توفره على الاجتهاد، و[ذلك][(٣)] لا يختلف بين أن يكون لله - تعالى - أو لغيره، وكذلك قال صاحب «البحر» بعد أن [حكاه عن بعض الأصحاب بخراسان، وهو غريب.

الثاني: [أنا][(٤)] إذا][(٥)] قلنا: إن رسول الله ﷺ لم يكن يحكم إلا عن وحي، فالمعنى الذي لأجله [نهى][(٦)] عن الحكم بسببه منتفٍ في حقه؛ فلا يستدل بفعله الذي لم تشاركه أمته في سببه، على فعل غيره، وإن قلنا بما عليه جمهور أهل العلم، وهو الظاهر من مذهب الشافعي، كما قاله الماوردي في كتاب الأقضية: إن له ولغيره من الأنبياء - عليهم السلام - أن يجتهدوا، فقد اختلف أصحاب الشافعي في أنهم في اجتهادهم معصومون من الخطأ أم لا، على وجهين:

أحدهما: أنهم معصومون؛ لتسكن النفس إلى [التزام][(٧)] أوامرهم بانتفاء الخطأ عن أخبارهم، وعلى هذا لا يحسن التمسك به أيضًا.

نعم، إن قلنا بالثاني، وهو أنهم غير معصومين من الخطأ؛ لوجوده منهم، لكنهم لا يقرهم الله - تعالى - عليه؛ ليزول الارتياب - فقد يحتج به، والله أعلم.

تنبيه: شراج الحرة: بكسر [الشين][(٨)] المعجمة، واحدها: شرجة - [بفتح الشين-: مسيل الماء من الحِرار إلى السهل، والحَرَّة: كل أرض][(٩)] ذات حجارة سود؛ وذلك لشدة حرها ووهج الشمس فيها.

والجدر - بفتح الجيم وسكون الدال المهملة-: الجدار، وقيل المراد به - هاهنا -

---

(١) في أ، د، ص، ع: فيه.
(٢) في ج: يكون دليلًا على نفوذ الحكم.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في د.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.

أصل الحائط، وقيل: أصل الشجر، وقيل: جذور[1] المشارب التي يجتمع فيها الماء في أصول النخل.

قال: والمستحب[2] **أن يجلس للقضاء**[3] **في موضع [فسيح]**[4]، أي: كالرحبة والفضاء؛ كي لا يتأذى بضيقه الخصوم، ولا يزاحم فيه الشيخ والعجوز، ولا يحصل فيه ملل، فقد قيل: خير المجالس ما سافر فيه البصر.

قال: بارز، أي: يعرفه الخاص والعام، ويصل[5] **إليه كل أحد**، أي: من غريب ومستوطن وقوي وضعيف؛ ليصل كل أحد إلى طلب حقه ودفع الظلم عن نفسه. وهذا فيه إشارة إلى أنه لا يكون له حاجب في حال جلوسه للقضاء؛ كما تقدم.

قال الأصحاب: ويستحب أن يكون مجلس حكمه [في الصيف][6] ظليلًا متصلًا بمهاب الرياح، وفي الشتاء كنينًا، وأن يكون في الزمنين بعيدًا عن[7] دخان يتأذى به أو رائحة منتنة.

واستحب أبو عبيد [بن][8] حربويه من أصحابنا وغيره أن يكون موضع جلوسه مشرفًا: كدكة ونحوها؛ ليسهل عليه النظر للناس، و[تسهل][9] عليهم المطالبة.

قال [الرافعي][10]: وحسن أن توطَّأ له الفرش وتوضع الوسائد؛ ليعرفه كل داخل، وليكون أهيب عند الخصوم، وأرفق به فلا يمل. وكذلك[11] حكى بسط البساط ونحوه ابن الصباغ وغيره.

قال الماوردي: وليكن مع ذلك جلوسه في صدر مجلسه؛ ليعرفه الداخل ببديهة النظر.

ولو خالف [الناس][12]، وجلس للقضاء في بيته كان مكروهًا [كما][13] صرح به صاحب «المرشد» وغيره، ولو جلس فيه لغير الحكم، فحضره خصمان لم يكره أن

---

(١) في أ، ج، ع: حدود.
(٢) في التنبيه: ويستحب.
(٣) في التنبيه: للحكم.
(٤) سقط في د.
(٥) في التنبيه: بصل.
(٦) سقط في د.
(٧) في د: من غير.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ، ج، د.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في أ، ج: وكذا.
(١٢) سقط في ع: وزاد في أ، د، ص: القاضي.
(١٣) سقط في أ، د، ص، ع.

يحكم بينهما؛ لأنه - عليه السلام - فَعَلَ ذَلِكَ، وَتَحَاكَمَ عُمَرُ مَعَ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ إِلَى زَيْدِ ابْنِ ثَابِتٍ فِي بَيْتِهِ، وَقَالَ عُمَرُ: فِي بَيْتِهِ يُؤْتَى الحكم[١]. نَعَمْ، لَوْ كَثُرَتِ المُحَاكَمَاتُ خَرَجَ إِلَى مَجْلِسِ[٢] حُكْمِهِ.

قال: [ولا يحتجب][٣] **إلا لعذر** كما تقدم.

وظاهر هذا الكلام من الشيخ أن القاضي يصرف أوقاته كلها في الانتصاب لفصل القضاء، إذا لم يكن ثم عذر، وعليه ينطبق قول القاضي الحسين: إنه يكره للقاضي أن يعين يومًا أو يومين في الأسبوع للقضاء، بل ينبغي أن يكون مرصدًا للقضاء في جميع الأوقات إلا في أوقات الاستراحة والأكل والشرب.

وفي «الحاوي»: أنه يجعل زمان نظره معينًا من الأيام؛ ليتأهب الناس للتحاكم إليه، فإن كثرت المحاكمات ولم يتسع لها بعض الأيام لزمه النظر في كل يوم، ويكون وقت نظره من اليوم معروفًا؛ ليكون باقيه مخصوصًا في [أمور][٤] نفسه ولراحته[٥] ودعته، وإن قلت المحاكمات واتسع لها بعض الأيام جعل يوم نظره في الأسبوع مخصوصًا بحسب الحاجة من يوم[٦] أو يومين أو ثلاثة، ويختار أن تكون [أيام نظره من الأسبوع: السبت والاثنين والخميس، فإن تجدد في غير][٧] يوم النظر[٨] ما لا يمكن تأخيره، نظر فيه ولم يؤخره.

قال في «التهذيب»: إنه لا يجوز أن يؤخر النظر إذا وقعت لإنسان خصومة، إلا أن يكون مشتغلًا بصلاة أو أكل أو مُهِمٍّ؛ فلا بأس بالتأخير إلى الفراغ [منه، والله أعلم][٩].

قال: ولا يجلس للقضاء في المسجد؛ [لِمَا رَوَى][١٠] [ابْنُ][١١] بُرَيْدَةَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ سَمِعَ رَجُلًا يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ، فَقَالَ: «لَا وَجَدْتَهَا[١٢]؛ إِنَّمَا بُنِيَتِ المَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللهِ - تَعَالَى - وَالصَّلَاةِ»[١٣]؛ فدل على كراهة[١٤] ما عداهما فيه.

---

(١) أخرجه وكيع في أخبار القضاة (١/ ١٠٨).
(٢) في أ: موضع.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: وراحته.
(٦) زاد في أ، د، ص، ع: فيه.
(٧) سقط في د.
(٨) في د: نظره.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ص.
(١١) سقط في ع.
(١٢) في ج: نشدتها.
(١٣) تقدم.
(١٤) في د: كراهية.

وروى معاذ أن النبي ﷺ قال: «جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِيْنَكُمْ، وَرَفْعَ أَصْوَاتِكُمْ، وَخُصُوْمَاتِكُمْ، وَحُدُودَكُمْ، وَسَلَّ سُيُوْفِكُمْ، وَشِرَاءَكُمْ وَبَيْعَكُمْ»(١).

وقد نهى عمر القضاة أن يقضوا في المساجد.

والمعنى فيه: أن حضور الخصوم لا يخلو [غالبًا](٢) من(٣) لغط، وربما تعدى إلى سب ومشاتمة، والمساجد تصان عن هذا؛ ولأنه ربما كان في القوم جنب [أو حائض أو كافر](٤).

قال: **فإن اتفق جلوسه فيه**، أي: لاعتكاف أو لانتظار صلاة فيه، **فحضره خصمان**(٥) - **لم يكره أن يحكم بينهما**؛ لأن رسول الله ﷺ قضى في المسجد على هذا الوجه، وقال الحسن: دخلت المسجد فرأيت عثمان - رضي الله عنه - وقد ألقي رداءه على كومة حطاب، ونام عليه، فأتاه سَقَّاءٌ بقربته ومعه خصم، فجلس عثمان وقضى بينهما، ولم ينكره أحد، وَعَلَى [مِثْلِ](٦) هَذِهِ الحَالَةِ حَمَلَ أَصْحَابُنَا قَضَاءَ عُمَرَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - بَيْنَ النَّاسِ فِي المَسْجِدِ(٧).

ثم في قول الشيخ: لم يكره أن يحكم بينهما، ما يعرفك أن الحكم [فيه](٨) في غير هذه الحالة مكروه، وهو ما أورده الفوراني.

وفي «الرافعي» و«التهذيب» [حكاية وجه](٩): أنه لا يكره اتخاذ المسجد مجلسًا للحكم [على وجه](١٠)، كمذهب مالك وأحمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة، كما لا يكره الجلوس فيه للفتوى وتعليم القرآن والعلم، وهذا أخذ من نص الشافعي- رضي الله عنه - في موضع آخر [على](١١) أنه لا يستحب(١٢) جلوسه للقضاء في المسجد، وإلى ذلك أشار في «الوسيط».

وكلام المزني مشير إلى أن اتخاذه مجلسًا لا يكره، لكن الأولى تركه، والصحيح: الكراهة، وهي كراهة تنزيه؛ كما صرح به في «البحر» [وغيره](١٣).

---

(١) تقدم.
(٢) سقط في أ، د، ص، ع.
(٣) في ع: عن.
(٤) سقط في ج.
(٥) في التنبيه: الخصمان
(٦) في أ: مثال.
(٧) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٣١).
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ، د، ص.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في ع.
(١٢) زاد في ع: له.
(١٣) سقط في ع.

وعلى هذا لو خالف وحكم [فيه][(١)] جاز. قاله ابن شداد.

قال: ويستحب أن يجلس مستقبل القبلة؛ لما روى عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ قال: «لِكُلِّ شَرَف، وَإِنَّ أَشْرَفَ[(٢)] المَجَالِسِ مَا استُقْبِلَ بِهِ الْقِبْلَةُ»[(٣)]، ولأن الجلوس للحكم بين الناس قربة وطاعة؛ فاستحب[(٤)] [له][(٥)] فيه استقبال القبلة؛ كالصلاة والأذان.

وحكى ابن شداد عن ابن القاص أنه قال [في أدب القضاء][(٦)]: ويجلس مستدبر القبلة، ووجهه مقابل لأهل المجلس، وهم مستقبلون القبلة؛ كمقابلة الخطيب للناس يوم الجمعة. وقد حكاه ابن أبي الدم عن رواية الشيخ أبي علي أيضًا.

قال: ويجلس وعليه السكينة والوقار؛ لأنه أعظم لهيبته وأدعى لطاعته.

قال الماوردي: وليكن أيضًا غاضَّ الطرف كثير الصمت، قليل الكلام، يقتصر من كلامه على سؤال [أو جواب][(٧)]، ولا يرفع بكلامه صوتًا إلا زجرًا من تأديب، وليقلل الحركة والإشارة، والذي ذكره [القاضي][(٨)] أبو الطيب قلة الكلام؛ لأن كثرته تذهب الهيبة.

قال: من غير جبرية ولا استكبار؛ [كي لا يهابه][(٩)] الخصوم وأصحاب الحقوق.

والجبرية - بفتح الجيم، والباء ثانية الحروف-: الكبر والتعاظم[(١٠)] والارتفاع والقهر. ويقال: جَبَرُوةٌ - بالواو - وجَبُّورةٌ: بفتح الجيم وضم الباء المشددة، والاستكبار والكبر: أصله الأنفة مما لا ينبغي أن يؤنف منه.

قال القاضي أبو الطيب: ولا يليق به مد رجليه في المجلس، ولا الاتكاء.

ويحكى عن ابن أبي[(١١)] أحمد: الكراهية[(١٢)] في الاتكاء؛ لما روي أنه - عليه السلام- أَبْصَرَ رَجُلًا جَالِسًا وَقَدِ اتَّكَأَ عَلَى يَدِهِ اليُسْرَى، فَقَالَ: «هَذِهِ جِلْسَةُ الْمَغْضُوبِ

---

(١) في أ: شرف.
(٢) سقط في ع.
(٣) أخرجه الطبراني (١٠/ ٣٢٠) برقم (١٠٧٨١)، والحاكم (٤/ ٣٠٠)، قال الهيثمي في المجمع (٨/ ٥٩): فيه هشام بن زياد أبو المقدام، وهو متروك.
وقال المناوي في فيض القدير (١/ ٥٢٣): سنده ضعيف، قال النووي وابن الصلاح: لم نجد له أصلا.
(٤) في د: فاستن.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج: وجواب.
(٨) سقط في أ، د، ص.
(٩) في د: ليهابه.
(١٠) في أ، د، ص، ع: التعظيم.
(١١) زاد في أ: هريرة.
(١٢) في د: الكراهة.

عَلَيْهِمْ»[(١)]، فأنكر الاتكاء.

قال الأصحاب: ويستحب أن يدعو عقيب[(٢)] جلوسه بالتوفيق والعصمة والتسديد، والأولى فيه[(٣)] ما روته أم سلمة، قالت: كان رسول الله ﷺ إذا خرج من بيته يقول: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ أَنْ أَزِلَّ [أَوْ أُزَلَّ، أَوْ أَضِلَّ] أَوْ أُضَلَّ، أَوْ أَظْلِمَ أَوْ أُظْلَمَ، أَوْ أَجْهَلَ أَوْ يُجْهَلَ عَلَيَّ»[(٤)].

وروي أن الشعبي كان يقولهن، ويزيد عليهن: أَوْ أَعْتَدِي[(٥)] أَوْ يُعْتَدَى[(٦)] عَلَيَّ، اللَّهُمَّ أَعِنِّي بِالعِلْمِ، وَزَيِّنِّي بِالْحِلْمِ، وَأَكْرِمْنِي بِالتَّقْوَى حَتَّى لَا أَنْطِقَ إِلَّا بِالْحَقِّ[(٧)]، وَلَا أَقْضِي إِلَّا بِالْعَدْلِ[(٨)].

قال في «الحاوي» و«البحر»: ويستحب أن يكون جلوسه عقيب صلاة ركعتين، فإن كان جلوسه في المسجد كانت الصلاة تحية، وإن كانت في غير المسجد فلا [يصليها في أوقات الكراهة][(٩)].

ولم يذكر ابن الصباغ الصلاة فيما إذا كان في غير المسجد، [وقال: إنه يصلي إذا كان في المسجد][(١٠)].

وكذلك البندنيجي قال ذلك، وصوره بما إذا اتخذه لعذر من مطر أو غيره، وقال فيما إذا كان في غير المسجد: وهو مخير: إن شاء صلى، وإن شاء ترك، إذا لم

---

(١) أخرجه أحمد (٤/ ٣٨٨)، وأبو داود (٢/ ٦٨٩) كتاب الأدب، باب: في الجلسة المكروهة، برقم (٤٨٤٨)، واب حبان (١٢/ ٤٨٨) برقم (٥٦٧٩)، والطبراني في المعجم الكبير (٧/ ٣٧٨) برقم (٧٢٤٣) من حديث عمرو بن الشريد عن أبيه.

(٢) في ج: عقب.

(٣) في د: له.

(٤) أخرجه الحميدي (٣٠٣)، وأحمد (٦/ ٣٠٦،٣١٨،٣٢١)، وعبد بن حميد (١٥٣٦)، وأبو داود (٢/ ٧٤٦) كتاب الأدب، باب: ما يقول إذا خرج من بيته، برقم (٥٠٩٤)، والترمذي (٥/ ٤٢٧) أبواب الدعوات، برقم (٣٤٢٧)، وابن ماجه (٥/ ٣٩٤) كتاب الدعاء، باب: ما يدعو به الرجل إذا خرج من بيته، برقم (٣٨٨٤)، والنسائي (٨/ ٢٥٨) كتاب الاستعاذة، باب: الاستعاذة من دعاء لا يستجاب، والحاكم (١/ ٥١٩)، وأبو نعيم في الحلية (٧/ ٦٥)، والبيهقي (٥/ ٢٥١)، والخطيب في تاريخه (١١/ ١٤١)، عن أم سلمة أم المؤمنين رضي الله عنها.

(٥) في د: أعدى.

(٦) في د: يعدي.

(٧) في ج: الحق.

(٨) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٣٤).

(٩) في أ: يصلين في الأوقات المكروهة.

(١٠) سقط في ج.

يكن في وقت الكراهة.

ويستحب عند خروجه للحكم أن يخرج على الهيئة التي يجيء عليها إما راكبًا إن كان له مركوب، أو ماشيًا؛ كذا قاله أبو الطيب وابن الصباغ.

وفي «الرافعي»: أنه يستحب أن يكون راكبًا، ويسلم على كل من يلقاه يمينًا وشمالًا؛ لما روي أنه - عليه السلام - قال: «لِيُسَلِّم الرَّاكِبُ عَلَى الْمَاشِي، وَالْمَاشِي عَلَى الْقَاعِدِ، [وَالْقَلِيلُ عَلَى الْكَثِيرِ»[1]، وفي رواية أخرى: «يُسَلِّمُ المَاشِي عَلَى القَائِمِ، وَالقَائِمُ عَلَى القَاعِدِ»][2]، وهذا السلام أدب؛ كما قاله الماوردي في السير.

[ثم][3] إذا دخل مجلسه سلم على الخصوم المجتمعين[4] فيه، ويردون عليه السلام أو بعضهم، وينادي من على رأسه. هل من خصم؟ وكان اللائق أن يذكر هذا قبل الجلوس، لكن ترتيب الكتاب اقتضى تأخيره.

قال: **ويترك بين يديه القمطر مختومًا**، ليترك فيه ما يجتمع من المحاضر ونحوها.

والقمطر - بكسر القاف وفتح الميم وتسكين الطاء-: ما تصان فيه الكتب، وجمعه: قماطر، ويقال فيه: قمطرة، بالهاء.

وفي «ابن يونس»: أن أصل [القمطر: دفاتر][5] الحساب وغيرها، تصر وتجمع في مكان واحد، وتُعبَّأ وتُشد، يقال: قمطرت الحساب قمطرة، إذا عبَّأته وشددته.

قال: **ويجلس الكاتب بقربه؛ ليشاهد** - [أي: القاضي][6] - **ما يكتبه**، أي[7]: من إقرار [أو سماع][8] بينة أو تنفيذ حكم[9]، وذكر سببه مع ذكر المحكوم له و[المحكوم][10] عليه، وكذا حِلاهما عند الجهالة، [والمحكوم به][11]،

(١) أخرجه البخاري (١١/ ١٥) كتاب الاستئذان، باب: يسلم الراكب على الماشي، برقم (٦٢٣٢)، ومسلم (٤/ ١٧٠٣) كتاب السلام، باب: يسلم الراكب على الماشي، برقم (١/ ٢١٦٠).

(٢) سقط في د.

(٣) سقط في ع.

(٤) في ج: والمجتمعين.

(٥) في ع: القمطرة دفاتير.

(٦) سقط في ص.

(٧) في ج: أو.

(٨) في أ: وسماع.

(٩) في د: الحكم.

(١٠) سقط في ج.

(١١) في أ، د، ص، ع: والحكمة.

و[المعنى][(١)] في ذلك: انتفاء التهمة عن الكاتب وصيانته من غلط [يقع][(٢)] فيه إن اتفق.

قال الماوردي: والقاضي فيما يكتبه الكاتب[(٣)] من ذلك بين أمرين: إما أن يلقيه عليه حتى يكتبه من لفظه، أو يكتبه الكاتب بألفاظه، والقاضي ينظر إليه أو يقرؤه بعد كتابته، ويعلم فيه القاضي بخطه، ويشهد [به][(٤)] على نفسه؛ ليكون حجة للمتحاكمين، ويكتب الكاتب [ذلك][(٥)] نسختين، تكون إحداهما في ديوان القاضي، والأخرى بيد[(٦)] المحكوم له.

فإن قصر القاضي فيما وصفناه[(٧)] كان مفرِّطًا في حقوق ولايته وحقوق الخصوم، ثم الجهة التي يجلس فيها الكاتب جهة اليسار؛ كما ذكره الماوردي وغيره.

وفي «الشامل» و«الرافعي»: أنها بين يديه، وكذلك حكاه البندنيجي وقال: لا يجلسه يمينًا ولا شمالًا.

قال[(٨)] القاضي أبو الطيب - وتبعه ابن الصباغ-: ولو أبعد الكاتب[(٩)] بناحية جاز، وفي هذه الحالة إذا ترافع إليه خصمان، فأقر أحدهما للآخر - لم يبعث بهما للكاتب ليكتب ما جرى، إلا بعد أن يشهد على المقر بحضرته، [أو يثبت اسم المقر][(١٠)] والمقر له، ويرفع في نسبه حتى يتميز المقر ويتعين؛ لأنه[(١١)] ربما جحد الإقرار وادعى أنه المقر له؛ حكى[(١٢)] أبو بكر الصيرفي أن رجلين اختصما عند حاكم، فأقر أحدهما للآخر [بمال][(١٣)]، فبعث بهما إلى الكاتب، فرجع المقر عن إقراره، وادعى أن صاحبه هو الذي أقر له؛ فاشتبه الأمر على الحاكم؛ فذهب الإقرار وسقط؛ ولذلك قلنا: إنه يشهد على المقر أو يكتب اسمه ونسبه؛ حتى لا يتفق مثل ذلك.

قال: ويستحب ألا يحكم، أي: لا ينتصب للحكم، إلا بمشهد من الشهود؛ احتياطًا

(١) سقط في ع.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في د: تأليفًا.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ع.
(٦) في ج: في يد.
(٧) في ص، ع: ذكرناه.
(٨) في ع: قاله.
(٩) في د: الكتاب.
(١٠) سقط في ع.
(١١) في د: ولأنه.
(١٢) في د، ص: حكاه.
(١٣) سقط في ع.

للحق؛ فإنه قد يتفق بعد الحكم أمر يحتاج فيه إلى البينة.

قال ابن الصباغ والبندنيجي قبيل[1] الكلام في النظر في المحبَّسين: ثم إن كان الحاكم ممن يحكم بعلمه أجلسهم بالبعد منه، حتى إذا احتاج إلى شهادتهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك، وإن كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه؛ حتى يسمعوا كلام المتخاصمين، ويحفظوا على المقر إقراره؛ كي لا ينكر [بعد ذلك][2] ويجحد.

قال البندنيجي: فإن جحد شهدوا عليه بذلك، وحكم الحاكم عليه، وعلى هذا جرى في البحر، وفي هذا كلام سنذكره.

قال الماوردي: ويكون مقعدهم في مجلسه متميزًا[3] عن غيره[4]، ولا يساويه[5] واحد[6] منهم في مقعده، ولا فيما يختص به من سواد وقلنسوة، وينبغي أن يختص الشهود في ملابسهم بما يتميزون به، ويسلموا على القاضي بلفظ الرياسة، ويرد عليهم مجيبًا أو مبتدئًا على تماثل وتفاضل، ويقدم بعضهم على بعض في المجلس[7] والخطاب؛ لما يتميزون به من علم وفضل، وقد يستدل لذلك بما رواه[8] أبو داود عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَنْزِلُوا النَّاسَ مَنَازِلَهُمْ»[9].

ثم يمينه[10] [من][11] مجلسه أولى من ميسرته، فإن افترقوا في الميمنة والميسرة جاز، وإن كان اجتماعهم أولى. ويكف القاضي عن محادثة الشهود، ويكفوا عن محادثته، ويكون كلام القاضي مقصورًا على الإذن في الشهادة، وكلامهم له مقصورًا على أداء الشهادة، ويغضوا عنه أبصارهم، وإذا حضروا في غير مجلس[12] الحكم جلسوا في مقاعدهم المعروفة في مجلسه، ورتبهم فيه على اختياره، وقطع تنافسهم

---

(١) في د، ص، ع: قبل.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: متميزين.
(٤) في ع: غيرهم.
(٥) في ص: يشاركه.
(٦) في أ: أحد.
(٧) في ج: المجالس.
(٨) في ع: روى.
(٩) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٧٧) كتاب الأدب، باب: في تنزيل الناس منازلهم، برقم (٤٨٤٢) من طريق ميمون بن أبي شبيب عن عائشة رضي الله عنها.
قال أبو داود: ميمون لم يدرك عائشة.
(١٠) في أ، ع: يمنة.
(١١) سقط في أ، د، ص.
(١٢) في ج: مجالس.

فيه؛ فإن التنافس يوهن العدالة، ويحادثهم ويحادثونه، [ويؤانسهم][(١)] ويؤانسونه بما لا تتخرق به الحشمة[(٢)]، ولا تزول به الصيانة.

قال: وبمحضر من الفقهاء، [أي][(٣)]: الذين يحل لهم الفتوى، ويصح أن يتولوا القضاء [كما][(٤)] قاله البندنيجي، والمعنى في حضورهم ما سيذكره الشيخ.

ثم المفتي: من اتصف بالعدالة المعتبرة في الرواية، وأهلية الاجتهاد[(٥)] في الأحكام الشرعية؛ كما تقدم.

فالرجل والمرأة، والحر والعبد، والبصير والأعمى أهل للفتوى إذا اتصفوا بالعدالة؛ لأن روايتهم صحيحة؛ لكن لا يحضر النسوة مجلس الحكم، وتجوز مشاورتهم في غيره؛ كما قاله[(٦)] الماوردي.

ولو اتصف العالم بالفسق لم يجز [له][(٧)] قبول فتواه؛ لأنه لا يوثق بقوله. نعم، عليه أن يعمل لنفسه باجتهاده، وفي جواز مباحثته وجهان في «الحاوي»، وجه المنع: خشية ما يستحدثه بمباحثته من شبهة فاسدة.

ولو كان عدلًا لم يبلغ رتبة[(٨)] الاجتهاد مطلقًا، لكنه بلغ ذلك في مذهب إمام[(٩)] - فقد حكى الفوراني وغيره في قبول فتواه[(١٠)] وجهين، اختيار[(١١)] القفال منهما الجواز، قالوا: وأصل الوجهين أن المستفتي له مقلد له أو للميت صاحب المذهب، وفيه وجهان، فإن قلنا بالأول لم يجز، وإن قلنا بالثاني جاز، وهذا تفريع على جواز تقليد الميت؛ كما هو الصحيح؛ لأنه لو بطل قول القائل بموته، لبطل الإجماع بموت المجمعين، ولصارت المسألة اجتهادية، وقد منع [منه][(١٢)] بعضهم؛ فعلى هذا يرتفع الخلاف في المسألة، وهذا عند وجود المجتهد المطلق، فأما عند الفقد كما في [زماننا وقبله][(١٣)] فلا وجه إلا استفتاء الذين بلغوا رتبة الاجتهاد في مذاهب الأئمة، وهم الذين يستحب إحضارهم مجلس الحكم في هذا الزمان أيضًا، والأولى أن

---

(١) سقط في ع.
(٢) في أ: الحرمة.
(٣) سقط في أ، ع.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: الشهادة.
(٦) في ج: قال.
(٧) سقط في أ، د، ص.
(٨) في ص، ع: درجة.
(٩) في د، ص: الإمام.
(١٠) في ص، ع: قوله.
(١١) في ع: اختار.
(١٢) سقط في ع.
(١٣) في ج: زمانه أو قبله.

يكونوا من الموافقين للقاضي في المذهب والمخالفين له؛ كما أشار إليه الغزالي بقوله: الأدب السادس: ألا يخرج حتى يجتمع [علماء الفريقين](١).

قال: فإن اتفق أمر مشكل شاورهم فيه؛ لما بيناه في الإمامة، ولأن أحدًا من أهل العلم لا يمكنه الإحاطة بجميع السنن والآثار؛ فربما حضر(٢) بعضهم من ذلك ما لم يحضر(٣) البعض الآخر، فإذا استشار بان له ذلك بالمذاكرة، ولأن المشاورة أبعد من التهمة وأطيب لنفوس الخصوم، وإذا شاورهم ذكر كل واحد مذهبه ودليله، وتأمله القاضي، وليس لهم قبل المشاورة الاعتراض عليه، والرد إذا حكم [إلا إذا حكم](٤) بحكم يسوغ نقضه؛ كما سنذكره، وإن كان قد أساء بترك المشاورة؛ كما قاله الماوردي.

ثم بعد المشاورة قال: [الشيخ](٥): فإن(٦) **اتضح له الحق**(٧) **حكم به**؛ لحصول(٨) المقصود.

قال الأصحاب: ويستحب له إذا أراد أن يحكم أن [يجلس](٩) المحكوم عليه، ويقول له: قد قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك بكذا؛ ليكون أطيب لقلبه وأبعد [عن التهمة](١٠).

وعن نصه في «الأم»: أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحكم، ويؤخر الحكم [اليوم واليومين](١١) إذا سألهما فجعلاه في حل من التأخير، فإن لم يجتمعا على(١٢) التحليل لم يؤخره؛ لأن الحكم إذا بان وجهه كان على الفور، وتأخيره ظلم.

قال: وإن لم يتضح، أخره إلى أن يتضح، [ولا](١٣) **يقلد غيره في الحكم**، أي: وإن كان أعلم منه؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا ٱخۡتَلَفۡتُمۡ فِيهِ مِن شَيۡءٖ فَحُكۡمُهُۥٓ إِلَى ٱللَّهِۚ﴾ [الشورى: ١٠]، وهذا ينفي جواز التقليد، وكذا حديث معاذ المشهور، وهو قوله

---

(١) في ج: الفريقان.
(٢) في أ: خص.
(٣) في أ: يخص.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: إن.
(٧) في ج، د، ع: الحكم.
(٨) في أ، ج، د، ص: بحصول.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في ع: للتهمة.
(١١) في ص، ع: يومًا ويومين.
(١٢) في ص، ع: في.
(١٣) في د: لا.

- عليه السلام - [له][(١)]: بِمَ تحكم...» إلى آخره، ولأنه من أهل الاجتهاد؛ فلم يجز أن يقلد غيره؛ كما لو أراد أن يقلد من هو مثله في الفروع، ومن هو أعلم منه [بأصول الديانات][(٢)]، وهذا قول أبي إسحاق المروزي؛ كما حكاه الماوردي.

وقيل: إن حضره ما يفوته كالحكم بين المسافرين، وهم على الخروج - جاز أن يقلد غيره، ويحكم[(٣)]؛ لقوله تعالى: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النحل: ٤٣] وهذا لا يعلم، ولأنه لا يمكنه إذا فرضه باجتهاده؛ فجاز له التقليد للضرورة قياسًا على العامي، وهذا قول ابن سريج.

قال: وليس بشيء؛ لأن الاجتهاد شرط في صحة فرضه؛ فلا يسقط بخوف الفوت، كسائر الشروط، مثل: الطهارة والستارة بالنسبة إلى الصلاة، وما ذكر[(٤)] من الآية فالخطاب فيها لغير أهل الذكر الذين لا يعلمون البينات والزبر - وهي الحجج - بسؤال أهل [الذكر، والعالم عالم بالبينات والزبر، ثم لا نسلم تحقق الضرورة][(٥)]؛ فإنه[(٦)] يمكنه أن يفوض الحكم إلى ذلك الغير فيحكم، وعلى تقدير التسليم؛ فالفرق بين العالم والعامي: أن العامي عاجز عن الاجتهاد، والعالم متمكن من الاجتهاد؛ فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر؛ كما لا يجوز اعتبار من لم يجد الماء والسترة بمن يقدر عليهما، ولكنه يخاف فوت الوقت إن استعملهما.

قال: وإن حضره[(٧)] **خصوم بدأ[(٨)] بالأول فالأول**؛ لأن الأسبق أحق بالتقديم إلى حق[(٩)] هو له؛ كالسابق إلى مكان مباح، والاعتبار بحضور المدعي دون المدعى عليه، كما قاله أبو الطيب وابن الصباغ والفوراني وغيرهم، فلو اتفق أن المدعي والمدعى عليه حضرا في وقت واحد، وانتهت خصومة المدعي، فأراد المدعى عليه أن يدعي على المدعي بحق له - ففي «الحاوي» حكاية وجهين في تقدمه على غيره:

أحدهما: يقدم؛ لهذا السبق.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: بأصل الدرايات.
(٣) زاد في ص: به.
(٤) في أ، ج، د، ص: ذكره.
(٥) سقط في د.
(٦) في ص: لأنه.
(٧) في د، ص، ع: حضر.
(٨) في أ، ج، د: بدئ.
(٩) زاد في ع: من.

والثاني: لا يسمعها إلا في مجلس آخر أو بعد انقضاء خصومات الحضور.

قال: وهو الذي أراه صوابًا؛ لأن اسمه لم يثبت في هذا التقديم لنفسه، وإنما ثبت لحق غيره.

قلت: ويظهر على[١] هذا أن يقال: لو حضرا معًا، ومراد كل واحد منهما الدعوى على صاحبه بحقه - أن يسمع بلا خلاف.

فرع: قال الأصحاب: المستحب للقاضي أن يقدم[٢] كل يوم ثقة؛ حتى يثبت [كل][٣] أسامي الخصوم ويكتبها أولا فأولًا، والأسبق فالأسبق، فإذا جلس للحكم تقدم إليه من سبق على الترتيب، فلو[٤] ضاق ذلك المجلس عن استيعابهم، بدأ في المجلس الثاني بالذين تأخروا في المجلس [الأول على ترتيبهم في السبق، ويقدمون على من حضر المجلس][٥] الثاني قبلهم، وهكذا يفعل في المجلس الثالث والرابع.

قال: فإن[٦] **كان فيهم مسافرون**، أي: لو تأخر[٧] الحكم بينهم لتخلفوا عن القافلة؛ كما قاله الإمام والبغوي - قدمهم، أي: وإن كانوا متأخرين في الحضور؛ دفعًا [لضرر الإقامة][٨] عنهم، ولأن الله - تعالى - خفف [عنهم أمر][٩] العبادة بالفطر والقصر؛ فجاز أن يسامح لهم في باب الخصومة - أيضًا فيقدموا على غيرهم، ولا فرق على[١٠] هذا بين أن يرضي المقيمون بذلك أو يكرهوا[١١]، وحكم المسافرين بعضهم مع[١٢] بعض حكم المقيمين في[١٣] الترتيب والقرعة.

قال: إلا أن يكثروا، [أي][١٤] مثل أن يكونوا قدر المقيمين أو أكثر؛ كالحجيج إذا نزلوا بمكة والمدينة، فلا يقدمهم؛ دفعًا للضرر عن المقيمين.

وفي «الحاوي» و«النهاية» و«المهذب» وجه أنهم لا يقدمون وإن قلوا إلا برضا المقيمين.

---

(١) في أ: في.
(٢) زاد في د: في.
(٣) سقط في أ، ج، د، ص.
(٤) في أ: فلما.
(٥) سقط في أ.
(٦) في التنبيه: وإن.
(٧) في ص، ع: تخلف.
(٨) في ص: للضرر في الإقامة.
(٩) في ج: عليهم الأمر في.
(١٠) في ج: في.
(١١) في أ، د: يكرهوه.
(١٢) في ع: من.
(١٣) في أ، د: فيراعي، وفي ص، ع: على.
(١٤) سقط في ع.

وظاهر النص الأول، وهو الصحيح، وبه جزم أكثرهم، [وما ذكره الشيخ][(١)] في المسافرين في حالة القلة والكثرة حكى مثله الإمام والبغوي في [اجتماع][(٢)] النساء [مع الرجال، وحكى الإمام الوجه الآخر فيهن عن الأصحاب، على أنهم قالوا: الأولى للقاضي ألا يشرك بين النساء والرجال][(٣)] في محل النظر، ويجعل للنساء وقتًا، وللرجال وقتًا.

قال فإن استوى جماعة في الحضور، أو أشكل السابق منهم، أقرع بينهم، فمن خرجت[(٤)] **القرعة [له]**[(٥)] **قدم**؛ لأنه لما انتفى المرجح تعينت القرعة؛ كما في المسافرة ببعض النساء.

وفي «الإشراف»: أن القاضي يقدم من يشاء منهم إن شاء بالقرعة، وإن شاء باجتهاده، فلو آثر بعضهم بعضًا بالتقديم جاز.

ثم إن هذا إذا كان الخصوم يمكن أن يقرع بينهم؛ فلو كثروا، قال ابن الصباغ وغيره: كتب أسماءهم وجعلها بين يديه، [يمد يده][(٦)] فيأخذ[(٧)] رقعة، ويقدم صاحبها [حسب ما][(٨)] يتفق.

قال: ولا يقدم السابق في أكثر من حكومة؛ دفعًا للضرر عن الباقين، فإنا لو قدمناه في أكثر منها لاستوعب المجلس بدعاويه، فعلى هذا يقال له: الحق لغيرك، فإن أردت فاجلس حتى تسمع من الخصوم دعاويهم[(٩)]، ثم أنظر بعد ذلك في خصومتك [الثانية][(١٠)] إن بقي وقت[(١١)]، [ولم أضجر][(١٢)].

وهذا إذا كانت الخصومة الثانية مع غير المدعى عليه أولا، [أما إذا][(١٣)] كانت معه أيضًا، ففي «الحاوي» حكاية وجهين في السماع، وحكاه الإمام في الخصومتين

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ص، ع.
(٣) سقط في د.
(٤) زاد في التنبيه: عليه.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) سقط في د.
(٧) في ج، ع: يأخذ.
(٨) في ص، ع: كما.
(٩) في أ، د، ص، ع: كلهم.
(١٠) سقط في ج.
(١١) في ص: الوقت.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في ص: فإن.

والثلاث لا غير، ثم قال: وهذا بعيد مع[١] فتح الباب؛ فعدم[٢] الزيادة على الثلاث لا أصل له؛ فالوجه ألا يزيد على خصومة واحدة.

ورأيت فيما وقفت عليه من «الإشراف» أن [القاضي][٣] أبا سعيد الإصطخري[٤] يجوز الدعاوى على رجال ولا يجوزها على رجل واحد، وهذا إن صح كان وجهًا [ثالثًا][٥].

فرع: دخيل في هذا الباب: إذا استبق طلبة العلم، ينظر: فإن كان [ذلك][٦] العلم مما لا يجب تعلمه، فالخيار إلى المعلم، وإن كان مما يجب تعلمه، فلو خصص أقوامًا منهم، فهل يجوز له ذلك؟ فيه وجهان.

قال الإمام: والأولى المنع من التخصيص؛ فإنه لا يدري من المفلح، ومن المتحرج، فليقصد التعميم، فإن كان لا يتأتى الجمع في التعليم فعند ذلك يتبع السبق أو القرعة.

قال: **ويسوي بين الخصمين**، أي: وإن اختلفا في الشرف وغيره، والرق والحرية، **في الدخول**، أي: لا يدخل أحدهما قبل الآخر، **والمجلس**، أي: فلا يكون أحدهما أقرب إليه من الآخر، **والإقبال عليهما**، أي: فلا يبش في وجه أحدهما ولا يقطب، ولا يقوم لأحدهما ويترك الآخر، [بل][٧] إما أن يقوم لهما أو يترك - كما قاله الشيخ أبو علي - **والإنصات إليهما**، أي: فلا يصغي لكلام أحدهما دون الآخر.

والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ﴾ إلى قوله: ﴿فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [النساء: ١٣٥].

قال أبو عبيد في «أدب القضاء» - كما حكاه أبو الطيب -: نزلت هذه الآية في الخصمين يجلسان بين يدي القاضي، فيلوي عن أحدهما، ويعرض للآخر[٨]، وروى عطاء عن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: «مَنِ ابْتُلِيَ بِالقَضَاءِ بَيْنَ المُسْلِمِينَ فَلْيَعْدِلْ[٩] بَيْنَهُمْ فِي لَفْظِهِ وَإِشَارَتِهِ وَمَقْعَدِهِ، وَلَا يَرْفَعْ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِمَّا

---

(١) في أ، ج، د: ومع، وفي ع: مع أن.
(٢) في أ، د، ص، ع: بعدم.
(٣) سقط في أ، د، ص، ع.
(٤) زاد في ص: قال.
(٥) سقط في ع.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في ع.
(٨) في ص، ع: عن الآخر.
(٩) في أ: ليعدل.

يَرْفَعُهُ عَلَى الآخَرِ»(١).

وقد ذكرنا أن عمر كتب إلى أبي موسى: «آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَجْلِسِكَ وَوَجْهِكَ وَقَضَائِكَ»(٢)، وروي أَنَّ عُمَرَ وَأُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ انْطَلَقَا إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ فِي خُصُومَةٍ فِي نَخْلٍ، فَلَمَّا بَلَغَا البَابَ، قَالَ عُمَرُ: السَّلَامُ عَلَيْكَ، فَقَالَ زَيْدٌ: وَعَلَيْكَ السَّلَامُ - يَا أَمِيْرَ المُؤْمِنِيْنَ - وَرَحْمَةُ اللهِ وَبَرَكَاتُهُ. فَقَالَ عُمَرُ: هَذَا أَوَّلُ جَوْرِكَ، فَلَمَّا دَخَلَا قَالَ زَيْدٌ: هَاهُنَا يَا أَمِيْرَ المُؤْمِنِيْنَ، فَقَالَ عُمَرُ. وَهَذِهِ مَعَ هَذِهِ، ثُمَّ قَالَ: لَا، بَلْ أَجْلِسُ مَعَ خَصْمِي. ثُمَّ إِنَّ أُبَيَّ بْنَ كَعْبٍ ادَّعَى عَلَيْهِ النَّخْلَ، فَقَالَ عُمَرُ: نَخْلِي وَفِي يَدِي. فَقَالَ زَيْدٌ لِأُبَيٍّ: هَلْ لَكَ [مِنْ](٣) بَيِّنَةٍ؟ فَقَالَ: لَا. فَقَالَ: [إِذَنْ](٤) اعْفُ(٥) أَمِيْرَ المُؤْمِنِيْنَ عَنِ اليَمِيْنِ. فَقَالَ عُمَرُ: مَا زِلْتَ جَائِرًا مُنْذُ دَخَلْنَا [بِقَوْلِكَ](٦): وَعَلَيْكَ السَّلَامُ يَا أَمِيْرَ المُؤْمِنِيْنَ، [وَقَوْلُكَ:](٧) هَاهُنَا يَا أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ، وَاعْفُ أَمِيرَ المُؤْمِنِينَ، وَلَوْ عَرَفْتَ لِي حَقًّا أَخَذْتُهُ بِيَمِينٍ، ثُمَّ حَلَفَ فَقَالَ: إِيْ وَاللهِ إِنَّكَ لَصَدُوْقٌ، وَمَا حَلَفْتَ إِلَّا عَلَى حَقٍّ. [فَقَالَ عُمَرُ:](٨) وَهِيَ لَكَ(٩).

ولأن الحاكم إذا فضل أحد الخصمين انكسر قلب الآخر، ولحقه الضرر في استيفاء حجته والقيام بها؛ فلهذا(١٠) قلنا بالتسوية بينهما.

وقد أبدى ابن أبي الدم [هنا](١١) لنفسه احتمالًا في منع القيام لهما جميعًا؛ [لأنه قد يكون أحدهما شريفًا والآخر(١٢) وضيعًا،](١٣) فإذا قام لهما علم الشريف [أنه](١٤) إنما قام له، و[علم](١٥) الوضيع [أنه لم يقم له](١٦)؛ فترك القيام لهما أقرب

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢٠٥) كتاب الأقضية والأحكام، والبيهقي (١٠/ ١٣٥)، كتاب آداب القاضي، باب: إنصاف الخصمين في المدخل عليه والاستماع منهما والإنصاف لكل واحد مهما حتى تنفذ حجته، وحسن الإقبال عليهما، وأبو يعلى (١٢/ ٣٥٦)، برقم (٦٩٢٤).

(٢) تقدم.

(٣) سقط في ج.

(٤) سقط في ج.

(٥) زاد في أ، ج، د، ص: يا.

(٦) سقط في أ، ج، د، ع.

(٧) سقط في أ، ج، د، ع.

(٨) سقط في ص.

(٩) أخرجه بنحوه ابن الجعد في مسنده ص (٢٦٠) برقم (١٧٢٨)، ومن طريقه ابن عساكر في تاريخ دمشق (١٩/ ٣١٩).

(١٠) في ع: فلذا.

(١١) سقط في ع.

(١٢) في ع: ضعيفًا.

(١٣) سقط في أ.

(١٤) سقط في أ.

(١٥) سقط في أ، د، ص، ع.

(١٦) في أ، ع: إنما قام للشريف، وفي ص، د: أنه إنما قام للشريف.

إلى العدل وأنفى للتهمة، وعلى هذا سير الحكام الماضين. وَرُوِيَ أَنَّ المَهْدِيَّ أَمِيْرَ المُؤْمِنِيْنَ مُحَمَّدَ بْنَ المَنْصُوْرِ تَقَدَّمَ مَعَ خُصُومٍ لَهُ - وَهُوَ أَمِيْرُ المُؤْمِنِيْنَ - إِلَى قَاضِي البَصْرَةِ عَبْدِ اللهِ بْنِ الحَسَنِ العَنْبَرِيِّ، فَلَمَّا رَآهُ القَاضِي مُقْبِلًا أَطْرَقَ إِلَى الأَرْضِ حَتَّى جَلَسَ المَهْدِيُّ مَعَ خُصُوْمِهِ مَجْلِسَ المُتَحَاكِمِيْنَ، فَلَمَّا انْقَضَتِ الحُكُومَةُ بَيْنَهُمْ قَامَ القَاضِي فَوَقَفَ بَيْنَ يَدَيْهِ، فَقَالَ لَهُ المَهْدِيُّ: وَاللهِ، لَوْ قُمْتَ حِيْنَ دَخَلْتُ عَلَيْكَ لَعَزَلْتُكَ، وَلَوْ لَمْ تَقُمْ حِيْنَ [انْقَضَى الحُكْمُ][1] لَعَزَلْتُكَ[2]. والمهدي [أخذ هذا][3] عن[4] أبيه؛ فإن أباه فعل هكذا بالمدينة عند قاضيها.

ثم ما ذكرناه من التسوية مستحب أو واجب؟ فيه وجهان، المذكور منهما في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل» و«المرشد»: الأول، وفي «تعليق» البندنيجي و«التهذيب»[5]: الثاني، وهو الذي حكاه ابن شداد عن الشيخ أبي حامد، والرافعي عن الأكثرين.

فرع:[6] لو سلم الخصمان على القاضي رد عليهما، وإن سلم عليه أحدهما ففي فرض رده[7] ثلاثة أوجه مجموعة في «ابن يونس»، وهي مأخوذة من كلام مجلي:

أحدها: يرد عليه [في الحال][8].

والثاني: يرد عليه بعد الحكم.

والثالث: يرد عليهما[9]، و[10] الذي أورده القاضي الحسين، وبه أجاب في

---

(١) في ع: انقضت الحكومة.
(٢) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٤٥).
(٣) في ع: أخذها.
(٤) في أ، د، ص، ع: من.
(٥) في ص: البغوي.
(٦) في أ: فروع.
(٧) في ع: رد سلامه.
(٨) سقط في أ.
(٩) قوله: لو سلم الخصمان على القاضي رد عليهما، وإن سلم عليه أحدهما، ففي فرض رده ثلاثة أوجه مجموعة في ابن يونس، وهي مأخوذة من كلام مجلي:
أحدها: يرد عليه في الحال.
والثاني: بعد الحكم.
والثالث: يرد عليهما. انتهى كلامه. ومقتضاه أنها ملفقة من فحوى كلام مجلي، أو من اقتضاء كلامه ونحو ذلك، وهو غريب، فإن الأوجه الثلاثة صرح بها الماوردي في «الحاوي» وتبعه الروياني في التحريم أن الثالث وهو الرد عليهما لم يبين وقته، وقد بينه المذكوران، فقالا: يرد عليهما معًا عقب سلام الأول، فاعلمه، فإن كلام المصنف يوهم خلافه. [أ و].
(١٠) زاد في ص: هو.

«التهذيب»[(١)]: أنه إما أن يسكت، أو يقول للآخر: سلم أنت أيضًا، فإن سلم رد [جواب سلامهما][(٢)].

واعترض الرافعي [على ذلك][(٣)] بعد حكايته عن الأصحاب لا غير، فقال: في قوله للآخر: سلم أنت أيضًا، اشتغال [منه][(٤)] بغير الجواب، ومثله يقطع الجواب، ثم قال: وكأنهم احتملوا ذلك كي لا يبطل معنى التسوية.

وقال الإمام: ما ذكره القاضي من امتناع الرد عندي سرف؛ فإن رد السلام محمول على ابتداء أحدهما بالسلام، وهذا مما لا يخفي ولا يظهر ميلًا.

قال: وإن[(٥)] **كان أحدهما مسلمًا والآخر كافرًا**، أي: محقون الدم - قدم المسلم على الكافر في[(٦)] **الدخول، ورفعه عليه في المجلس**؛ لما روى إبراهيم التيمي قال: رأى عليُّ بن أبي طالب درعًا على يهودي، [فقال][(٧)] [علي][(٨)]: درعي سقطت يوم كذا، فقال اليهودي: لا أدري ما تقول، درعي وفي يدي، وفي ذلك بيني وبينك قاضي المسلمين، فارتفعا إلى شريح وهو نائب عن علي - رضي الله عنه - فلما رآه قام عن مجلسه، قال بعضهم: فقال له عليّ: هذا أول جورك، ثم أسند ظهره[(٩)] إلى الجدار، وبعضهم قال: إنه لما قام عن مجلسه أجلسه موضعه وجلس مع اليهودي بين يديه، فقال علي - كرم الله وجهه-: إن خصمي لو كان مسلمًا لجلست معه بين يديك والذي سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا تُسَاوُوْهُمْ فِي المَجَالِسِ، وَلَا تَعُوْدُوْا مَرْضَاهُمْ، وَلَا تُشَيِّعُوا جَنَائِزَهُمْ، وَاضْطَرُّوْهُمْ إِلَى أَضْيَقِ الطُّرُقِ»[(١٠)].

وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني والغزالي في المجلس خاصة، وحكاه البندنيجي عن بعض الأصحاب ولم يحك سواه.

وفي «المهذب» و«الحاوي» حكاية وجهين في التسوية بينهما في المجلس:

أحدهما: ما ذكره الشيخ هنا وغيره، وهو[(١١)] المختار في المرشد والمذهب

---

(١) في أ: المهذب.
(٢) في ع: جوابهما.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ج.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) زاد في د: حق.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ، د، ص، ع.
(٩) في ع: بظهره.
(١٠) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٣٦)، وابن عساكر في تاريخ دمشق (٢٣/ ٢٣).
(١١) في أ: وهي.

في «تعليق» القاضي الحسين.

والثاني: يسوي بينهما [كما يسوي بينهما][(١)] في المدخل والكلام. وهذا التعليل منهما يدل على أنه لا خلاف في التسوية في الدخول.

وقال الرافعي: يمكن أن يكون الوجهان في رفع المجلس جاريين في سائر وجوه الإكرام، وقد صرح بذلك الفوراني قبله.

فرع: قال ابن الصباغ: الحاكم يجلس الخصمين بين يديه؛ لأن ذلك أمكن للحاكم في الإقبال عليهما والنظر في خصومتهما، وذلك على وجه الاستحباب، صرح به [في][(٢)] «المهذب»، واستدل له بما روى عبد الله بن الزبير أن النبي ﷺ قَضَى أَنَّ الْخَصْمَيْنِ يَقْعُدَانِ بَيْنَ يَدَيِ الْحَاكِمِ[(٣)]. وقد خرجه أبو داود[(٤)]، لكن في رجاله مصعب بن ثابت المديني، ولا يحتج بحديثه. نعم، قد يستدل له بالخبر الذي ذكرناه عن[(٥)] علي - كرم الله وجهه - عند الكلام في كتاب العهد والتوصية بتقوى الله تعالى.

وقد أشار الشيخ إلى هذه الهيئة بقوله في الباب الثاني: إذا جلس بين يدي القاضي خصمان، [قال الأصحاب: وإذا كان الخصمان][(٦)] شريفين فلا بأس أن يجلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره، لكن الأولى الجلوس بين يديه؛ تأدبًا مع الشرع، وتواضعًا لله تعالى.

قال الماوردي: ولا يسمع الدعوى بينهما[(٧)] وهما قائمان، حتى يجلسا بين يديه تجاه وجهه، ومن[(٨)] عادة جلوس الخصوم أن يجلسوا في التحاكم بروكًا على الركب؛ لأنه عادة العرب في التنازع، وعرف الحكام في الأحكام، لكن إذا كان التخاصم بين نسوة جلسن متربعات؛ لأنه أستر لهن، وإن كان بين رجل وامرأة برك الرجل وتربعت المرأة. قال: وإذا جلس الخصمان تقاربا، إلا أن يكون أحدهما رجلًا والآخر امرأة غير محرم له؛ فيتباعدا ولا يتلاصقا.

---

(١) سقط في ع.

(٢) سقط في أ.

(٣) في ج: الحكم.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٢٦) كتاب «الأقضية»، باب: «كيف يجلس الخصمان بين يدي الحاكم»، برقم (٣٥٨٨).

(٥) زاد في أ، د، ع، ص: رواية.

(٦) سقط في د.

(٧) في ج: منهما.

(٨) في ع: وإن.

وينبغي أن يكون مجلس الخصوم عند القاضي أبعد من مجالس غيرهم(١)؛ ليتميز به الخصوم من(٢) غيرهم، وأبعد ما يكون [الخصمان أن يسمع كلامهما، وكذا أبعد ما يكون](٣) بينهما: أن يسمع كل منهما كلام الآخر، ولو تقدم أحد الخصمين(٤) في الجلوس(٥) وتأخر الآخر، [فالأولى أن ينظر القاضي: فإن كان المتقدم قد جلس في مجلس الخصوم [وتأخر عنه الآخر](٦) قدمه(٧) إليه، وإن كان المتأخر قد جلس في مجلس الخصوم](٨) وتقدم الآخر أخره إليه، ولو رد المتقدم وقدم المتأخر كيف كان، جاز، قاله الماوردي.

ولو كان الخصم وكيلًا وحضر موكِّله مجلس المخاصمة، حكى الزبيلي في «أدب القضاء» له: [أنه](٩) يجب أن يكون الوكيل والموكل والخصم مستوين، فلا يجوز أن يكون الموكل(١٠) بجنب القاضي، [ويقول: وكيلي جالس مع الخصم.

وإذا دخل خصم دون خصم، فقام له القاضي](١١): إما ظنا منه بأنه لم يأته محاكمًا، أو جهل ذلك، أو ارتكب المحذور فيه - قال ابن أبي الدم: فإما أن يقوم لخصمه كقيامه له؛ جبرًا لما فعله؛ أو يعتذر إليه بأنه قام له ولم يشعر بمجيئه محاكما.

قال: ولا يضيف أحدهما؛ لقوله ﷺ: «لَا تُضِفْ أَحَدَ الخَصْمَينِ إِلَّا وَمَعَهُ خَصْمُهُ»(١٢)، وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه كان إذا ادعي عنده على شريف حجبه حتى يقضي بينه [وبين خصمه](١٣)؛ ولأنه إذا أضاف أحد الخصمين [انكسر قلب(١٤) صاحبه.

وحكى ابن أبي الدم عن أبي القاسم الداركي أنه قال: هذا إذا كانت دار الخصم

---

(١) في أ: غيره.
(٢) في ص، ع: عن.
(٣) سقط في أ، ص.
(٤) في ج: الخصوم.
(٥) في ع: مجلس الحكم.
(٦) سقط في ع.
(٧) في ع: قدم.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ص، ع.
(١٠) في د: الوكيل.
(١١) سقط في د.
(١٢) أخرجه البيهقي (١٠/ ١٣٧) كتاب آداب القاضي، باب: لا ينبغي للقاضي أن يضيف الخصم إلا وخصمه معه.
(١٣) في ع: وبينه.
(١٤) زاد في ع: الآخر.

بعيدة عن دار القاضي، أما إذا كان [أحد الخصمين][(١)]][(٢)] جارًا للحاكم أو من أقاربه، جاز للقاضي[(٣)] أن يدعوه إلى [داره وضيافته][(٤)]؛ لأن فيه قضاء حق الجوار والقرابة؛ فلا تهمة. وقال: هذا عندي على العكس؛ فإن التهمة تتمكن من الجار والقريب أكثر من البعيد؛ لقربهما من قلب الحاكم ومودته؛ ولذلك منع الحكم للفروع والأصول، والزوج والزوجة على رأي، ثم يلزم على ذلك جواز قبول هدية أحدهما إذا كان جارًا أو قريبًا، ولا قائل به مع قيام الخصومة.

قال: ولا يشاوره ولا يلقن أحدًا دعوى ولا حجة، أي: مثل أن يقول: قل كذا؛ لما في ذلك من إظهار الميل المؤثر كسر قلب الآخر، وقد يفضي[(٥)] ذلك إلى تعطيل حجته.

قال القاضي أبو الطيب: وضابطه: ألا يلقن أحدهما ما فيه ضرر على الآخر، ولا يهديه إليه، مثل أن يقصد [الإقرار فيلقنه [الإنكار، ويقصد][(٦)] النكول فيجرِّئه على اليمين، أو يقصد][(٧)] اليمين، فيلقنه النكول، وكذا إذا توقف الشاهد في أداء الشهادة لا يجرِّئه عليها، وإذا أقدم عليها لا يوقفه عنها، إلا في الحدود التي تدرأ بالشبهات؛ لأن ذلك يضر[(٨)] بأحد الخصمين، [وذلك لا يجوز، وكذا][(٩)] لا يجوز أن يتعنت الشاهد[(١٠)]، كما نص عليه الشافعي، رضي الله عنه.

وعنت الشاهد قد يكون من ثلاثة أوجه؛ كما قال الماوردي:

إظهار المنكر عليه والاسترابة، وهو ظاهر الستر، موفور العقل، وهذا ما أورده أبو الطيب وابن الصباغ.

والثاني: أن يسأله من أين علمت ما شهدت به؟ وكيف تحملت؟ ولعلك سهوت؟ وهذا عندي داخل في الأول؛ لأن هذا إنما يفعل مع[(١١)] المستراب.

والثالث: أن يتتبعه في ألفاظه ويعارضه إلى ما جرى مجرى ما ذكرناه؛ لأن عنت الشاهد قدح فيه، وميل على المشهود له، ومفض إلى ترك الشهادة عنده.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في د.
(٣) في أ، ص: للحاكم.
(٤) في ع: دار ضيافته.
(٥) في ج: يقتضي.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ع.
(٨) في ع: مضر.
(٩) في ع: وكذلك.
(١٠) في أ، ج، د، ص: بالشاهد.
(١١) في ج: في.

وكذا لا يجوز أن يصرخ على الشاهد، ولا ينتهره لأن ذلك عنت.

قال: ولا يعلمه كيف يدعي؛ لأن [في](١) ذلك إعانة له على خصمه.

وقيل: يجوز أن يعلمه؛ إذ لا يستضر الآخر [بصحة دعواه](٢)؛ فإن الحق لا يثبت بقوله، وهذا قول الإصطخري، ولم يحك في «الإشراف» سواه.

قال: والأول أصح؛ لما ذكرناه، وهو الذي عليه سائر الأصحاب كما قاله أبو الطيب، وعلى هذا يقول [له](٣): إن حققت دعواك سمعتها، وإلا صرفتك حتى تتحقق [لك](٤).

ولا بأس على الوجهين بالاستفسار، مثل أن يدعي دراهم، فيقول: أهي صحاح أم مكسرة؟ أو قتلا، فيقول: عمدًا أو خطأ؟ ونحو ذلك، صرح به القاضي الحسين والبغوي [والرافعي](٥) وغيرهم.

وحكى الإمام في كتاب قاض إلى قاض الخلاف فيه أيضًا، لكنه ادعى أن ظاهر النص - يميل إلى الجواز، ولو قال له: استعن بمن ينوب عنك، قال الماوردي: فإن أشار بذلك إلى الاستعانة(٦) [في الاحتجاج عنه لم يجز، وإن أشار به إلى الاستعانة](٧) في تحقيق(٨) الدعوى [جاز. ولا يعين له من يستعين به.

والخلاف المذكور في الكتاب في تعليم الدعوى](٩) جارٍ في تعليم الشاهد كيفية أداء الشهادة، كما صرح به [في](١٠) «الحاوي» وغيره.

وقال في «العدة»: الأصح الجواز [فيها](١١)، وظاهر النص: المنع.

أما إذا لقنه ما يشهد به لم يجز.

قال: وله أن يزن عن أحدهما ما لزمه(١٢)؛ لأن في ذلك نفعًا لهما، وله أن يشفع [له](١٣) **إلى خصمه**؛ لأن إجابة شفاعته إلى خيرة المشفوع إليه، ولأن الشفاعة إنما(١٤) تكون بعد وجوب الحق، وحينئذ انتفى الميل، ولا يجوز أن ينهر الخصمين

---

(١) سقط في د.
(٢) في ج: بذلك.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ج: الإعانة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في د: تحقق.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ج.
(١٢) في ص، ع: يلزمه.
(١٣) سقط في ع.
(١٤) في ع: لهما.

فضلًا عن أحدهما، لأنه إذا فعل ذلك، لحقه الحصر[١] والقصور عن القيام لحجته.

قال: **وأول ما ينظر فيه[٢] أمر المحبسين**؛ لأن الحبس عذاب، وإدامة العذاب من غير ثبت لا سبيل إليه، وليس هذا من تعقب أحكام القاضي الأول حتى يقال: لا بد فيه من استعداء - كما سنذكره - بل لأنه قد يكون في الحبس مظلومٌ، و [هو][٣] لا يتمكن من التظلم كما قاله في «الحاوي» و«البحر»، وقد يكون [فيه][٤] من حبس تأديبًا وفيما مضى من الحبس كفاية.

قال الإمام: وتقديم هذا حتم[٥]، وليس من الآداب حتى قال الأصحاب: لا ينبعث في خصومة ترفع إلى مجلسه [ما لم][٦] يتفرغ قلبه من هذا الشغل، ويستخلف فيها إن جوزنا الاستخلاف، وكذا فيما نذكره من بعد من المهمات.

وكيفية النظر فيما نحن فيه - كما قاله في «البحر»-: أن يرسل أولًا رجلين من أمنائه يكتبان اسم كل من في الحبس[٧]، واسم من حبس له، وبأي شيء حبس، وقال بعض أصحابنا - يعني الماوردي؛ لأنه مذكور[٨] في «الحاوي»-: [ينفذ إلى الحبس][٩] ثقة أمينًا ومعه شاهدا عدل، وقيل: [يبعث ثقة][١٠] ولا يعتبر العدد. وهذا ما أورده البندنيجي.

ثم قال الروياني: وعندي الاحتياط في العدد، ويجوز أن يقتصر على واحد؛ لأن طريقه الخبر.

وإذا أراد الأمين أن يكتب [أسماءهم، قال في «الحاوي» و«البحر»: أقرع [بينه][١١]، فمن خرجت قرعته قدم اسمه. وقد نسب الرافعي ذلك إلى «أمالي» أبي الفرج السرخسي.

وفي «تعليق» البندنيجي: أنه يكتب][١٢] اسم كل واحد في قرعة.

وكلام الماوردي وصاحب «البحر» يقتضي أن يكون اسمهم في مكتوب واحد؛

---

(١) في ص: الضرر.
(٢) في ع: في.
(٣) سقط في ج، ص، ع.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: محتم.
(٦) في ج: حتى.
(٧) في د: السجن.
(٨) في ع: المذكور.
(٩) في ج: يبعث.
(١٠) في ص: يعتبر الثقة.
(١١) سقط في د، ع.
(١٢) سقط في أ.

لأنهما قالا بعد ذلك: فإذا حمل المكتوب إلى القاضي نادى في الناس ثلاثة أيام إن كان البلد كبيرًا، [ويومًا][(١)] واحدًا إن كان [البلد][(٢)] صغيرًا: إن القاضي بدأ بالنظر في أمور[(٣)] المحبَّسين؛ فمن كان له محبوس على حق فليحضر في يوم كذا.

قال الماوردي والبندنيجي: وليكن اليوم الرابع من [يوم][(٤)] ندائه.

قال في «البحر»: و[قيل][(٥)]: ينادي هكذا أولًا، ثم يبعث الثقة فيكتب أسماء المحبوسين. وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب والبندنيجي والرافعي.

قال الروياني: ولا بأس به عندي، فإذا كان ذلك [اليوم][(٦)] واجتمعوا، أقرع بين المحبوسين؛ لأجل التقديم.

قال في[(٧)] «الحاوي»: ولا يقتصر على القرعة الأولى؛ فمن خرجت قرعته أخرج من الحبس، ولا يحتاج فيه إلى إذن خصمه؛ لأنه يخرج في حقه لا في حق حابسه. كذا قاله في «البحر» أيضًا.

وينادي بإحضار خصمه، وقيل: إذا تبين خصم المحبوس الذي خرجت عليه القرعة وجهه القاضي مع أمينه إلى الحبس؛ حتى يأخذ بيد خصمه ويأتي به [إلى][(٨)] مجلس الحكم. وهذا ما أورده أبو الطيب وابن الصباغ.

وإذا حضر فلا يسأل [خصم المحبوس][(٩)] - كما قاله في «الحاوي» و«البحر» وغيرهما - بل يقول[(١٠)] للمحبوس: لم حبست؟ ولا يكتفي بالسؤال [الأول][(١١)] الذي وقع في[(١٢)] الحبس، فإذا قال شيئًا، عارض الأول بالثاني، وعمل بأغلظهما [عند الاختلاف][(١٣)]، ولو ثبت في ديوان الحكم سبب حبسه، قابله بما قال في الأول والثاني، وعمل بأغلظ الثلاثة، ثم إذا انفصل أمره أخرج من وقعت عليه القرعة ثانيا وهكذا.

وهذا إذا كان الحبس قريبًا بحيث لا يتعطل على القاضي زمان إذا انتظر إخراج

---

(١) في أ، د، ص، ع: أو يومًا.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: أمر.
(٤) سقط في أ، د، ص.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ع.
(٧) في ع: وفي.
(٨) سقط في ج.
(٩) في ع: عن خصم المحبوسين.
(١٠) في أ، د، ص، ع: يقال.
(١١) سقط في ج.
(١٢) في د: مع.
(١٣) سقط في ص.

محبوس منه بعد محبوس، فلو كان بعيدًا أخرج بالقرعة جميع من يقدر على النظر بينهم في مجلسه قبل شروعه في النظر.

وفي «تعليق» البندنيجي و«الشامل» و«الرافعي» و«المرشد»: أنه إذا أراد أن ينظر، ترك الرقاع التي فيها أسماء المحبوسين بين يديه، ومد يده إليها؛ فما وقع في يده منها نظر فيه.

ولعل هذا إذا كثر المحبوسون، وتعذرت القرعة؛ كما ذكرنا مثله في حضور الخصوم للتحاكم.

قال: فمن حبس بحق رده إلى الحبس؛ لأنه يستحقه لو أنشئت[(١)] المحاكمة عند هذا القاضي؛ فاستمراره أولى.

وهذه المسألة مصورة في كلام الأصحاب - كما قال الإمام والبغوي - بما إذا أقر المحبوس أنه حبس بحق، وبما إذا أقر أنه حبس [بدين وهو قادر عليه؛ كما قاله في «الشامل» و«المرشد» وغيرهما، أو أن[(٢)] الدين الذي حبس][(٣)] فيه ثمن مبيع، أو قرض، أو عن غصب، ولم تقم بينة بتلفه، ولم يصدقه الخصم على ذلك، أو[(٤)] أقر بأن الدين صداق أو أرش جناية أو بدل متلف ونحوه، وأنه معسر، فأقام الخصم بينة على أنه كان له مال؛ كما[(٥)] قاله أبو الطيب، [أو][(٦)] أقر بأن ما حبس عليه ثمن خمر أو خنزير [لذمي][(٧)] أو قيمته[(٨)] عنهما، والقاضي الأول والثاني يريان ذلك.

وقد يفهم من كلام الشيخ أنه إذا حبس تعزيرًا لأجل لَدَدٍ صدر منه ونحوه: أنه يعاد، وقد قال الغزالي: إن من حبس تعزيرًا لا يعاد. وقال الرافعي: إن معظم الكتب ساكتة عن ذلك، ولعل وجه ما ذكره: أن التعزير يتعلق بنظر الحاكم الذي بانت[(٩)] عنده الجناية، ولا يدري هل كان الحاكم المصروف يديم حبسه أم[(١٠)] لا؟ ولكن لو بانت جنايته عند الثاني ورأى إدامة حبسه، فالقياس جواز العود.

وفي «الحاوي» و«البحر»: أن التعزير قد استوفي بعزل الأول، وإن لم يستكمل[(١١)]

---

(١) في ع: توانينا.
(٢) في ع: وأن.
(٣) سقط في د.
(٤) في د: إذا.
(٥) في أ: فيما.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: قيمة.
(٩) في ص: ثبتت.
(١٠) في ص، ج، ع: أو.
(١١) في ج، ص: يستحمل.

مدة حبسه، مع بقاء نظر الثاني[(١)]؛ لأن القاضي الثاني لا يعزر لذنب[(٢)] كان مع غيره، لكنه لا يطلقه حتى ينادي عليه - كما سنذكره - لاحتمال أن يكون قد حبس لخصم وأنكره، ويحلفه: إنه ما حبس بحق لخصم؛ كما قاله ابن أبي الدم.

قال: ومن حبس بغير حق خلاه؛ لأن استمراره معصية.

وهذه المسألة مصورة في كلام الأصحاب بما إذا صدق الخصم المحبوس على ما ادعى أنه حبس عليه، وكان ذلك لا يقتضي الحبس، وله صور:

منها: أن يصدقه على [أن][(٣)] ما ابتاعه منه وحبس فيه قد تلف، أو[(٤)] قامت بينة بذلك ولم يعهد له مال غيره.

ومنها: إذا كان الدين عن صداق أو إتلاف أو ضمان، وقد ادعى المحبوس الإعسار، وصدقه فيه الخصم، أو كذبه في دعوى الإعسار، وحلف المحبوس؛ قال القاضي أبو الطيب: لأن الأصل أن لا مال له. وهذا بناء على أن من [لم][(٥)] يعرف له مال إذا لزمه دين لا بمعاوضة محضة، القول في الإعسار قوله، كما حكيناه في باب التفليس عن العراقيين، وقد وافقهم القاضي الحسين هنا، أما إذا قلنا بما نقله المراوزة فلا يخفى تفريعه.

ومنها: إذا ادعى أنه حبس في[(٦)] قيمة خمر أتلفه [على][(٧)] ذمي أو خنزير ونحوه، وكان الحاكم الأول لا يرى ذلك، [وكذلك الثاني، أو كان الخصم مسلمًا. نعم، لو كان الخصم ذميًّا، والحاكم الأول لا يرى ذلك كالشافعي][(٨)]، [والثاني يراه كالحنفي - كان حكم الأول باطلًا، والثاني إن حكم[(٩)] بمذهبه حبسه. ولو انعكس الحال فكان الأول حنفيًّا، والثاني شافعيًّا - لم ينقضه باتفاق الأصحاب][(١٠)]، ولكن هل يلزمه إمضاؤه أم لا؟ فيه قولان:

فإن قلنا بالأول وهو ما اختاره في «المرشد»، وصححه الرافعي - أعاده إلى الحبس.

---

(١) في أ، ج، ص، ع: الأمل.
(٢) في ع: مع ذنب.
(٣) سقط في ع.
(٤) في ع: وقد.
(٥) سقط في أ.
(٦) في د: على.
(٧) سقط في د.
(٨) سقط في ص.
(٩) في ص: حبس.
(١٠) سقط في د.

وإن قلنا بالثاني، قال في «الحاوي» و«البحر»: فيعيده إلى الحبس من غير أن يلزمه القضاء؛ لأنه [لا][(١)] يراه، ولا يطلقه؛ لأنه لا ينقض الحكم به، وأقره حتى يصطلحا.

وفي «الكافي»: أنه على هذا القول لا يرده إلى الحبس؛ لأن في اجتهاده أنه لا شيء عليه، ولا يمكنه نقض ما حكم به الحاكم الأول بالاجتهاد؛ فالطريق فيه: أن يوقف الأمر بينه وبين المدعي حتى يصطلحا. وهذا أقرب إلى كلام ابن الصباغ والبندنيجي حيث قالا: [لا][(٢)] يمضيه، ويتوقف في بابه حتى يصطلحوا.

وأطلق القاضي أبو الطيب القول بأنه إذا حبس في ثمن خمر أو خنزير: أنه يرده إلى الحبس؛ لأنها مسألة مختلف فيها، فإذا حكم الحاكم فيها لم ينقض حكمه؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

ثم إطلاق المحبوس في الصور[(٣)] التي ذكرناها منوط عند الروياني والبندنيجي وابن الصباغ بالنداء عليه ثلاثًا: ألا إن فلان بن فلان قد فرغ من حكومته بينه وبين خصمه، فإن كان لأحد عليه حق فليتقدم فإن القاضي يريد[(٤)] إطلاقه، ووجه ذلك: أنه يحتمل أن يكون له خصم آخر فأنكره.

والقاضي أبو الطيب أطلق القول بالإطلاق من غير تقييد[(٥)] بذلك، وقال في «المرشد»: عندي أن النداء الثاني لا يحتاج إليه؛ لأن في النداء الأول غنية عنه، ولأن الخصم الآخر إن لم يكن محبوسا [له][(٦)] فلا يجوز حبسه انتظارًا لخصم لم يتعين ولم يثبت له[(٧)] حق، وإن [كان][(٨)] قد حبس له فقد عرف حقه.

فرع: لو أقر المحبوس أن خصمه أقام بينة عليه بحق ولم تُعدَّل، وأنه [قد][(٩)] حبس لأجل استزكائها[(١٠)] - فهل يلحق ذلك بالقسم الأول حتى يعاد إلى الحبس، أو بالثاني حتى يخلى سبيله؟ فيه وجهان مبنيان على أنه يحبس لأجل الاستزكاء أم لا،

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الصورة.
(٤) في أ: يرى.
(٥) في ج: تقيد.
(٦) سقط في ج.
(٧) زاد في أ: منه.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ، د، ص، ع.
(١٠) في أ، د، ع: استذكائهم، وفي ج: تزكيتها.

وفيه خلاف بين أبي إسحاق والإصطخري كما حكاه البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما.

قال القاضي أبو الطيب: فعلى قول [أبي إسحاق يرده][١] إلى الحبس؛ لأن الحبس عنده بحق؛ لأن الأصل العدالة، وإنما السؤال عن الجرح الذي يسقط الشهادة، وهذا ما اختاره في «المرشد». وعلى قول الإصطخري يخلى؛ لأن الحبس عنده بغير حق؛ لأن البحث عنده والسؤال عن الشهود إنما هو لإثبات الشهادة.

قال البندنيجي: ومحل التخلية إذا لم يكن المعزول قد حكم بوجوب الحبس عليه.

وقد أوضح ذلك الماوردي، فقال بعد حكاية الوجهين: ثم إن قلنا: إنه لا يجوز حبسه، وكان القاضي قد قال: حكمت بحبسه - لزم حبسه باجتهاده، ولا يجوز إطلاقه، وإن لم يقل: حكمت، وجب إطلاقه، ولكن لا يعجل بإطلاقه حتى ينادى عليه ثلاثة أيام، كما سنذكره.

قال ابن أبي الدم: وفيما قاله نظران:

أحدهما: أنه قال: وإن قلنا: لا يجوز حبسه. وفصَّل كما تراه، وكان من حقه أن يقول: إذا قلنا: لا يجوز حبسه للأول، فهذا إذا لم ير ذلك رأيًا ومذهبًا، وإلا فلو رأى الأول حبسه، جاز له ذلك قولًا واحدًا؛ لأنها مسألة مجتهد فيها. ثم [إذا][٢] رأى القاضي الأول حبسه وحبسه، فالقاضي الثاني إن رأى حبسه سائغًا بذلك فله استدامة حبسه قولًا واحدًا، وإن لم ير جواز حبسه، والتفريع على أن القاضي الأول رأى جواز حبسه وحبسه - فهل يديم[٣] الثاني حبسه بطلب الخصم؛ [إمضاء لفعل [الحاكم][٤] الأول][٥]، أو يطلقه؟ فيه وجهان.

الثاني: أنه [قال][٦]: [إن][٧] قال الأول: حكمت بحبسه، لزم الثاني حبسه، وإلا أطلقه. وفي هذا إشارة إلى أن فعل الحاكم أو أمره بالفعل ليس بحكم، إنما الحكم قوله لفظًا: حكمت بكذا، أو لفظ آخر يقوم مقامه، وفي هذا تردد ظاهر. ثم إنه قد

---

(١) في ج: الأول يرد.
(٢) سقط في ج.
(٣) في د: يستديم.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في د.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في د.

ناقض قوله هذا؛ فإنه قال متصلًا بما ذكره: أما إذا [قال][(١)]: حبسني[(٢)] تعديًا بغير حق [ولغير خصم][(٣)]، فدعواه تخالف الظاهر من أحوال القضاة، وحبسه حكم؛ فلا ينقض إلا بيقين الفساد. فقوله: «وحبسه حكم»، دليل على ما ذكرناه قطعًا.

قلت: وكأن الجواب عما ادعاه من المناقضة: أن الحبس حكم بالحق لا [حكم][(٤)] بالحبس، والكلام هاهنا في الحبس لا في الحق.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه إذا قال: حبسني[(٥)] بشهود غير عدول، لم يقبل، ولكن يسأل عن عدالتهم: فإن كانوا عدولًا حبسه، وهل يحبسه في المدة التي يتعرف فيها[(٦)] أحوال الشهود؟ [فيه وجهان][(٧)].

قال: ومن ادعى أنه حبس بغير[(٨)] **خصم**، أي: في [غير][(٩)] حق، نادى عليه، أي: ينادي ثلاثة أيام - كما قال في «البحر»-: ألا من كان له عند فلان [بن فلان][(١٠)] حق فليحضر في يوم كذا؛ فإن القاضي عازم[(١١)] على إطلاقه من السجن.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن بعضهم قال: ينادي عليه ساعة أو ساعتين، فإن كان له خصم وإلا خلى سبيله، وقال [بعضهم][(١٢)]: ينادى عليه حتى يشتهر[(١٣)] في البلد، ووجه النداء [أنه][(١٤)]: يحتمل أن يكون له خصم قد كتمه؛ فيظهر بالنداء[(١٥)].

قال: [ثم يحلفه][(١٦)]، أي: إن لم يحضر خصم، ولا بينة تخالف دعواه [ولا توافقها؛ لأن دعواه][(١٧)] مخالفة للظاهر، فحلف معها، بخلاف المسألة قبلها؛ حيث قلنا: يخلى بغير يمين؛ لأن له خصما [حاضرا][(١٨)]، وكان الظاهر معه، والأصل عدم خصم آخر.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: حبستني.
(٣) في د: ولا لخصم.
(٤) سقط في د.
(٥) في أ: حبستني.
(٦) زاد في أ، د: عن.
(٧) في أ، د: فعلى وجهين.
(٨) في د: لغير.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ، ج، د، ع.
(١١) في ص: عزم.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: يشهر.
(١٤) سقط في أ، ج، د، ص.
(١٥) في ع: في النداء.
(١٦) في د: ويحلفه.
(١٧) سقط في أ.
(١٨) سقط في د.

وكيفية اليمين: أن يحلف بالله إنه حبس بغير حق؛ كما قاله أبو الطيب، وقد فهمت مما حكاه القاضي عن بعضهم: أنه لا يحتاج في الإطلاق إلى يمين.

قال: ويخليه؛ لأن تخليد الحبس عليه بعد ذلك إضرار به لا إلى غاية، مع أنه لو كان له خصم لظهر بذلك.

قال الإمام - وتبعه الغزالي-: وهو في مدة النداء لا يحبس ولا يخلى، بل ينصب من يراقبه، وهل [يأخذ منه كفيلا][1] ببدنه [احتياطًا][2]؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب «التقريب»:

أحدهما: [نعم؛ فعلى هذا: إذا امتنع من القيام بكفيل رددناه إلى الحبس.

والثاني: ليس عليه ذلك][3]، وهو الصحيح الذي قطع به الأئمة، كما قال الإمام.

وفي «الإبانة» إطلاق القول بأن المحبوس إذا قال: حبست بظلم، لا يقبل قوله، واقتصر على ذلك.

وفي «الحاوي»: أن دعواه [مخالفة للظاهر][4] من أحوال القضاة، وحبسه حكم؛ فلا ينقض إلا بيقين الفساد، ويطلب منه البينة: فإن شهدت أنه حبس بحق عزر [في جرحه][5] لحابسه، وإن شهدت أنه حبس ظلمًا[6] نادى عليه ثلاثًا كما ذكرنا، ثم يطلق إن لم يحضر خصم، وإن لم تقم بينة بأحد الأمرين أعاده إلى الحبس، ويكشف عن حاله حتى ييأس بعد الكشف من ظهور[7] حق عليه، ويطالبه بكفيل بنفسه؛ لأن الحبس واجب عليه، فإن عدم كفيلًا استظهر في بقاء حبسه على [طلب الكفيل][8]، ثم يطلقه عند إعوازه، وهذا غاية ما يقدر عليه القاضي.

وحكى الإمام: أن في كلام القاضي ما يدل على أنه يخلي سبيله بمجرد قوله: حبست ظلمًا، ولا يتشبث به، فإن ادعى عليه مدع، استعدى[9] عليه؛ فإنا لا ندري أن

(١) في ج: يؤخذ منه كفيل.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: تخالف الظاهر.
(٥) في ج: بجرحه.
(٦) في أ، د، ص، ع: بظلم.
(٧) في ص، ع: حضور.
(٨) في د: كفيل.
(٩) في أ، ع: استدعى.

ذلك القاضي حبسه بحق أم لا، وحبس القضاة منقسم إلى حبس بحق، و[إلى][١] حبس ظلم[٢] وأدب، فيحمل على تأدية حق.

قال الإمام: ولست أنكر اتجاه هذا في القياس؛ فإن التشبث به من حق الحبس.

ولو ظهر بعد النداء خصم، وادعى أنه محبوس في حقه: فإن صدقه بأنه محبوس له لم يخف الحكم مما تقدم، وإن كذبه قيل للحاضر: أنت الآن مدع، فإن ادعيت بحق سمعناه[٣]، وإلا فأت ببينة تشهد بأنه كان محبوسًا بدينك، وإلا خليناه؛ كذا قاله في «البحر».

وعن «أمالي» أبي الفرج [السرخسي][٤]: أنه [لا][٥] يكفي لاستدامة الحبس قيام البينة على أن [القاضي][٦] المصروف حبسه بحق هذا المدعي إن[٧] لم يبين جنس الدين وقدره.

واعلم أنه [قد][٨] وقع في بعض النسخ: «ومن ادعى أنه حبس بغير حق»، وقد يظن أنها المسألة [التي قبلها، وليس كذلك؛ لأن تلك المسألة][٩] المحبوس أقر بما لأجله حبس، وصدقه الخصم؛ فكان[١٠] الحبس بغير حق، وهذه لم يدع فيها شيئًا حبس بسببه غير الظلم، ولا عين خصمًا له، والحكم الذي ذكرناه لا يختلف؛ [لأن اقتصاره][١١] على ذلك مستلزم[١٢] لعدم الخصم، ولو قال: حبسني فلان غير الحاكم ظلمًا، لا يقبل ذلك منه؛ لأنه خلاف الظاهر، ويستكشف [على ما ذكرناه][١٣] فيما إذا قال: حبسني ظلمًا.

قال في «البحر»: وقيل: إن كان فلان حاضرًا أحضره[١٤] حتى يقيم[١٥] البينة أن[١٦] [له][١٧] عليه حقًّا، وإلا أطلقه، وإن كان غائبًا فوجهان:

---

(١) سقط في أ، ج، د.
(٢) في أ: بظلم.
(٣) في ج: سمع.
(٤) سقط في أ، ج، د، ص.
(٥) سقط في أ، د.
(٦) سقط في أ، ص.
(٧) في أ، د: وإن.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في ج: وكان.
(١١) في ع: لاقتصاره.
(١٢) في ع: ملزم.
(١٣) سقط في ص، ع.
(١٤) في ج، د، ص: ع: أحضر.
(١٥) زاد في أ، د، ص، ع: عليه.
(١٦) زاد في د: كان.
(١٧) سقط في ص.

أحدهما: يطلق؛ لأن الأصل أن لا حبس.

والثاني:[١] لا يطلق؛ لأن الظاهر أنه حبسه القاضي بحق، [هكذا][٢] ذكره بعض أصحابنا بخراسان.

وكأنه يعني الفوراني؛ لأنه ذكر ذلك في «الإبانة»، والإمام حكى الوجهين في حال الغيبة البعيدة عن بعض المصنفين، وعناه أيضا، وقال: إنا على القول بعدم الإطلاق نكتب إلى الموضع الذي فيه الخصم حتى يحرص على إظهار حجته، فإن قصر أطلقناه، وعلى مقابله يراقب، فأما الرد إلى الحبس فهو إدامة للعذاب، ولا سبيل إليه[٣] قال: وقد يرى الإنسان في مجموعات الأصحاب عبارات[٤] موهمة.

تنبيه: كلام الشيخ في هذه المسألة كالمصرح بأن القاضي ينبغي أن يكون له حبس [يعزر][٥] [بالحبس][٦] فيه من يستحق التعزير، وقد صرح به الأصحاب على وجه الاستحباب، واستدلوا لذلك بما روي أن عمر - رضي الله عنه - اشترى دارًا بمكة واتخذها سجنًا [بمكة][٧]، وروي أن عليًّا - كرم الله وجهه - اتخذ سجنًا.

قال القاضي أبو الطيب: وإذا لم يتخذ سجنًا أمر بملازمة من توجه عليه الحق، فتقوم الملازمة مقام الحبس. ولذلك قال[٨]: يستحب أن يتخذ درة يؤدب بها من يستحق التأديب، ويرهب بها السفيه والجاهل، وقد اتخذها عمر، رضي الله عنه.

قال: **ثم ينظر في أمر الأيتام**، أي: الذين في عمله، **والأوصياء**، أي:[٩] عليهم، وكذا [على][١٠] المجانين والسفهاء، و[كذا][١١] على تفرقة الصدقات؛ لتوليهم لمال[١٢] من لا يملك المطالبة ولا يعبر عن نفسه؛ فكان النظر فيهم أولى.

قال الماوردي: ويبدأ بمن يرى من غير قرعة، بخلاف المحبوسين؛ لأن هذا منه نظر اجتهاد، ولأن النظر في المحبوسين لهم، وهاهنا عليهم لا لهم. أما إذا كان المال والأوصياء في عمله والمولى عليهم في غير عمله، فنظره في ذلك مبني على أنه هل له نظر في ذلك المال أم لا؟ وفيه تردد جواب القاضي الحسين، والأصح في «أدب

---

(١) زاد في ع: أنه.
(٢) سقط في أ، د، ص، ع.
(٣) في ص: له.
(٤) في د: عبارة.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ص: يحبس، وسقط في ع.
(٧) سقط في أ، د، ص، ع.
(٨) في أ، ج، د، ع: قالوا.
(٩) زاد في ص، ع: الذي.
(١٠) سقط في ص.
(١١) سقط في أ، د، ج.
(١٢) في ع: على.

القضاء» لابن أبي الدم، وإليه مال الإمام: لا؛ بل سبيل تصرفه فيه كتصرفه في أموال الغيب، وسنذكره.

ثم نظره في الأوصياء بعد ثبوت الوصاية لديه بإقامة البينة على الموصي بالوصاية، يكون باختياره في أمانته وقوته، وسنجده لا يخلو فيها من أربع أحوال[١]:

إحداها: أن يكون أمينًا قويًا فيقره، ولا يجوز أن يستبدل به.

الثانية: أن يكون أمينًا ضعيفًا لا يقدر على التفرد بتنفيذ الوصية؛ إما لكثرة المال أو لضعفه في نفسه؛ كما حكاه الرافعي، [فعلى القاضي أن يضم إليه من أمنائه من يقوى به][٢] [، ولا يدفع يده][٣].

الثالثة: أن يكون خائنًا في الأمانة فاسقًا في الديانة؛ فلا يجوز للقاضي أن يقره عليها، ويجب عليه أن يردها إلى غيره من الأمناء.

الرابعة: أن يكون ثقة في الأمانة فاسقًا في الديانة، فينظر في الوصية: فإن كانت بالولاية على الأطفال ونحوهم أو تفرقة[٤] الثلث [في غير][٥] معينين [انتزعها منه، وردها إلى أمين، وإن كانت بالوصية في تفرقة[٦] الثلث في[٧] معينين][٨] أو قضاء دين لمسميين، قال الماوردي: جاز أن يقرها في يده، والفرق: أن في تلك ولاية واجتهادًا، وليس الفاسق من أهلها، وهذه مقصورة بالتعيين على التنفيذ دون الاجتهاد.

وفي «البحر» وغيره إطلاق القول بنزع المال منه في حال [قوة][٩] أمانته في التصرف وفسقه في الديانة.

وقد تتفق حالة خامسة، وهي أن يشك القاضي في عدالته، وقد حكى ابن الصباغ فيها وجهين:

أحدهما - عن الإصطخري-: أنه يقر المال في يده؛ لأن الظاهر الأمانة.

---

(١) في د: أقوال.
(٢) سقط في د.
(٣) سقط في ج، د، ع.
(٤) في أ، د، ص، ع: تفريق.
(٥) في د: على.
(٦) في ص: تفريق.
(٧) في أ، ص، ع: على.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في ص.

والثاني - عن أبي إسحاق، وهو المختار في «المرشد» -: أنه ينتزعه حتى تتحقق[١] عدالته.

قلت: وهذا التوجيه يقتضي أن يكون مذهب كل واحد منهما خلاف ما حكيناه عنه فيما إذا حبس لأجل الاستزكاء.

ولو أقام الوصى[٢] بينة بأن القاضي المنصرف نفذ وصيته، وأطلق تصرفه في المال - قال ابن الصباغ والبندنيجي والمصنف: لم يكن [للقاضى الثاني][٣] التعرض له، ويمضيه على ما ثبت عنده من حكم الأول؛ لأن الظاهر: أن الأول لم ينفذه إلا بعد ثبوت أهليته. نعم، يراعيه، فإن تغير حاله [إلى حالة][٤] من الأحوال الثلاثة عامله بما ذكرناه، هكذا أورده صاحب «البحر» وغيره.

[ثم][٥] [في][٦] الحالة التي يقر المال في يده لو كان موجودًا، لو[٧] ادعى أنه صرفه في جهاته[٨]، قال الرافعي: فإن كان مستحقوه بالوصية معينين، لم يتعرض له؛ لأنهم يطالبون[٩] لو لم يصل إليهم، وإن كانوا غير معينين فالقول قوله، ولا يضمنه، ولو كانوا أطفالًا ونحوهم فقد تقدم حكمهم في باب الحجر.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن الوصي[١٠] إذا كان قد أنفذ[١١] الوصاية وفرغ فالقاضي بالخيار: إن شاء حاسبه، وإن شاء ترك.

وفي الحالة التي ينتزع المال من يده لو كان باقيًا، لو[١٢] كان قد تصرف فيه، قال الماوردي وغيره: فإن [كان][١٣] مستحقوه معينين[١٤] بالوصية تبرعًا أو في وفاء دينه، فلا يتعرض له، والمستحق هو المخاصم. وإن كان غير معين، أو كان طفلًا، قال الماوردي: فإن كان فسقه خفيًّا يفتقر [إلى اجتهاد][١٥] نفذ تصرفه، ولم يضمن إلا بالتعدي ما لم يحكم القاضي بفسقه، وإن كان فسقه ظاهرًا لا يفتقر إلى اجتهاد

---

(١) في ص: تثبت.
(٢) في أ: الموصى، وفي ع: القاضي.
(٣) في أ، د، ص، ع: للثاني.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ع.
(٦) سقط في ص.
(٧) في أ، د، ص، ع: فلو.
(٨) في ص: جهته.
(٩) في ص: مطالبون.
(١٠) في ع: القاضي.
(١١) في ع: نفذ.
(١٢) في أ، د، ص، ع: فلو.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: متعينين.
(١٥) في ج: لاجتهاد.

[رد][١] تصرفه، وغرمه إذا لم يمكن التدارك كما إذا فرق على المساكين. قال: وليس له أن يرجع على المساكين بما فرقه وإن صدقوه [على الوصية][٢]؛ لأنه يقر بوصوله إليهم [بحق][٣].

[وفي «المهذب» حكاية وجهين في ضمانه في هذه الصورة،][٤] ووجه المنع بأنه دفعه إلى مستحقه فهم كالمعينين، والمختار في «المرشد»: الأول.

وأطلق الرافعي القول بالضمان عند وجوده فاسقًا؛ لتصرفه لا عن ولاية من غير تفصيل بين فسق [خفي أو ظاهر. نعم، حكى أنه لو ادعى أنه فرق الثلث الموصى به لغير][٥] معين؛ خوفًا عليه من أن يضيع - وجهين في ضمانه، وأظهرهما: الوجوب، ويظهر أن ينبني الخلاف فيما إذا فرقه[٦] الوصي[٧] [الفاسق][٨] في حالة الخوف، على ما إذا فرقه[٩] من ليس بوصي في هذه الحالة وهو عدل، وفيه وجهان حكاهما ابن الصباغ وأبو الطيب، فإن[١٠] قلنا: يضمن - وهو الصحيح في «تعليق» أبي الطيب، والمختار في «المرشد» - فالوصي الفاسق أولى، وإلا فوجهان.

وإذا جمعت بين ما حكاه في «المهذب» وغيره واختصرت، قلت: في ضمانه عند تفريقه في غير معين ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان في حال الخوف عليه لم يضمن، وإلا ضمن، وقد اتفق الكل على أن مستحق الثلث لو كان معينًا لم يضمن الوصي ولا الأجنبي وإن[١١] لم يكن ثم خوف؛ لأن للمعين الاستقلال بالأخذ.

قال: ثم ينظر في أمر أمناء القاضي - أي: الذي كان قبله - المنصوبين [للنظر][١٢] في أموال الأيتام والمحجور عليهم الذين لا وصي عليهم[١٣]، وكذا في تفرقة الوصية؛ لما ذكرناه، والخيرة في التقديم [إليه][١٤] كما حكاه الماوردي، وإذا نظر فيهم:

فإن كانوا باقين على حالهم في العدالة والكفاية أقرهم.

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في د.
(٦) في ج: أقر.
(٧) في ع: القاضي.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ج: أقر.
(١٠) في ع: إن.
(١١) في ع: فإن.
(١٢) سقط في ص.
(١٣) في أ، ج، د، ع: لهم.
(١٤) سقط في ج.

قال ابن الصباغ: ولا يحتاج إلى تولية؛ لأن الذي قبله[١] ولاهم[٢].

وإن كان قد تغير [حال][٣] أحدهم بفسق عزله[٤]، وإن[٥] كان بضعف ضم إليه من يعينه.

وفي «تعليق» القاضي الحسين و«البحر»: أنه بالخيار إن شاء [عزله و][٦] انتزع ذلك منه عند بقائه على الاستقامة، وإن [شاء][٧] أقره وحده أو ضم إليه غيره.

والأمر في باقي الأحكام [كما][٨] تقدم في الأوصياء، ولا بد من إقامة البينة على أن القاضي المنصرف [قد ولاه، ولا يكفي قول المنصرف: إني وليته،][٩] فلو لم تقم بينة[١٠] فكل ما أنفق وادعى غرمه على اليتيم وعلى غيره، حكمه فيه كالمستولى[١١] عليه من غير تولية أحد، قاله القاضي الحسين.

فروع:

إذا فعل الأمين ما لا يجوز عن جهالة به لم ينعزل، ويرد ما فعل، فإن أمكن استدراكه لم يغرمه، وإلا غرمه.

إذا ادعى الأمين أن القاضي [المنصرف][١٢] قطع له أجرة، فإن أقام [على ذلك][١٣] بينة، وكان ذلك القدر أجرة المثل - عمل بها، وإن كان أكثر من أجرة المثل رد الزائد عليها، وإن لم تقم بذلك بينة، ففي الأجرة قولان في «تعليق» القاضي الحسين وغيره:

أحدهما: لا شيء له.

والآخر: القول قوله، فيحلف ويستحق أجرة المثل.

وقد حكى الماوردي الخلاف المذكور وجهين، وأنهما مأخوذان من الوجهين فيما إذا ادعى راكب الدابة إعارتها، وادعى المالك [إجارتها][١٤]، في أنه هل يستحق

---

(١) في ص، ع: كان قد.
(٢) في ج: ولاه.
(٣) سقط في د.
(٤) في أ: يعزله.
(٥) في ع: فإن.
(٦) سقط في أ، د، ص.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في د.
(١٠) في د: البينة.
(١١) في د: كالمتولي.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) سقط في ع.
(١٤) سقط في ج.

[عليه][(١)] الأجرة أم لا؟ فإن قلنا: لصاحب الدابة الأجرة، استحق الأمين هاهنا، وإلا فلا. وتبعه الروياني في ذلك.

وقال الإمام: إن الخلاف هاهنا مبني على الخلاف، فيما إذا عمل لغيره عملًا، ولم يسم له أجرة، هل يستحقها أم لا؟

على القاضي بعد تصفح أحوال الأمناء والأوصياء أن يثبت [في ديوانه][(٢)] حال كل أمين ووصي وما في يده من الأموال، ومن [يلي][(٣)] عليه من الأيتام؛ ليكون حجة في الجهتين، فإن وجد[(٤)] ذكره في ديوان القاضي الأول عارض[(٥)] به وعمل بأحوطهما، قاله في «الحاوي»[(٦)]، ولفظه في «البحر»: يجب على القاضي. وسرد ذلك.

قال: ثم في أمر الضوال واللقطة[(٧)]؛ للمعنى[(٨)] الذي ذكرناه[(٩)].

والضوال: الماشية من الإبل والبقر والغنم، واللقطة[(١٠)]: كالمتاع والأعيان؛ كذا قاله ابن الصباغ.

وقال البندنيجي: إن الضوال: ما كان من البهائم التي لا يجوز التقاطها، وهو ما امتنع من صغار السباع؛ كما ذكرناه[(١١)] في بابه.

ونظره في الضوال: إن كان في بقائها ضرر أو تحتاج إلى مؤنة باعها وحفظ ثمنها، وإلا بقاها وتركها في الحمى حفظًا لمالكها[(١٢)].

ونظره في اللقطة: الذي[(١٣)] وجدها: إن اختار تملكها فهو أحق بها، وإن لم يختر ذلك أمر أمينًا بأخذها وحفظها على صاحبها، وإن رأى[(١٤)] أن يخلطها بمال بيت المال، حتى إذا جاء صاحبها أعطاه قيمتها من بيت المال - فعل، كذا حكاه ابن الصباغ.

وقال البندنيجي: إن نظره فيها إذا ردها الملتقط ولم يختر تملكها فيحملها

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ص، ع.
(٤) في ج: وجده.
(٥) في أ: عارضه.
(٦) في ص: البحر.
(٧) في ج: واللقط.
(٨) في أ: المعنى.
(٩) زاد في ع: في الباب ونظيره.
(١٠) في ج: واللقط.
(١١) في د: ذكره.
(١٢) في ص: لمالكه.
(١٣) في ج، د، ع: التي.
(١٤) في أ: أراد.

[إلى][1] الحاكم؛ ليحفظها على ربها[2]، [فينظر: إن كانت مما لا مؤنة في حفظها كالجواهر والأثمان، حفظها على ربها،][3] وإن كانت [مما لاستبقائها][4] مؤنة: كالأمتعة الجافة، [أو الحيوان][5] الذي يحتاج في حفظه إلى الإنفاق[6] عليه - باعه وحفظ ثمنه [على صاحبه][7].

وكذا ينظر في الوقوف العامة والخاصة؛ كما قاله الماوردي:

أما العامة؛ فلأن مستحقيها لا يتعينون، فلم يقف النظر على مطالب.

وأما الخاصة؛ فلأن منتهاها إلى من لا يتعين من الفقراء والمساكين، ويكون نظره هل أفضت[8] إليهم أم لا؟ وهل يستحق الولاية على من تعين منهم لصغر أو جنون أو سفه؟ وليعلم سبلها فتحمل على شرط[9] واقفها. وإن تغير حال الولي عليها فعل ما قدمناه في الأولياء والأمناء؟

ومن تمام نظره فيها: تعاهدها بالإسجال [عند تطاول][10] المدة؛ لتكون الحجة باقية ومثبتة [في ديوانه، وقد حكيت ذلك في كتاب الوقف عن نص الشافعي - رضي الله عنه - كما حكاه [القاضي أبو الطيب في باب عقد الذمة][11].

تنبيه: كلام][12] الشيخ في هذا الفصل والذي قبله يعرفك أن ولاية القاضي تتضمن النظر والتصرف فيما ذكره، كما اقتضى كلامه في أثناء هذا الباب وغيره تضمنها التصرف في أمور أخر، وقد تكلم الأصحاب فيما يقتضيه [مطلق][13] ولاية القضاء، وملخصه: أنه يستفيد به سماع البينة والحكم، والتحليف، وفصل[14] الخصومات[15] بحكم أو بصلح عن تراض، واستيفاء الحقوق، والحبس عند الحاجة، والتعزير، وتزويج اللواتي ليس لهن ولي خاص، والولاية في مال الصغار والسفهاء والمجانين [عند عدم أولياء النسب والأوصياء][16]، والنظر في الضوال

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ج: مالكها.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: تحتاج إلى.
(٥) في ج: والحيوان.
(٦) في ع: مؤنة للإنفاق.
(٧) سقط في ج.
(٨) في د: قضت.
(٩) في أ، د، ص، ع: شروط.
(١٠) في أ: لتطاول.
(١١) سقط في ص.
(١٢) سقط في د.
(١٣) سقط في أ.
(١٤) في أ: فيه فصل.
(١٥) في ج: الخصومة.
(١٦) سقط في ج.

و[اللقط](١) والوقوف؛ حفظا للأصول، وإيصالًا للغلات إلى مصارفها بالفحص عن حال المتولي إذا كان [لها](٢) متولٍّ، وبالقيام [به](٣) إذا لم يكن، والنظر في الوصايا، وتعيين المصروف إليه إذا [كانت الوصية لجهة](٤) عامة إذا لم يكن [لها وصي](٥)، و(٦) الفحص عن حال الوصي إذا كان كما تقدم، وله النظر في الطرق والمنع من التعدي فيها بالأبنية وإشراع ما لا يجوز إشراعه، كذا أطلقه الماوردي في «الأحكام» وغيره.

وفي «الحاوي»: إن جاءه متظلم دخل في ولايته، ونظر فيه، وإن لم يأت متظلم دخل ذلك في الحسبة، وكان أحق بالنظر فيه، فإن لم يفتقر إلى اجتهاد تفرد به المحتسب، وإلا كان القاضي بالاجتهاد [فيه](٧) أولى من المحتسب، ويكون المحتسب فيه منفذًا لحكم القاضي.

[وله](٨) نصب المفتين والمحتسبين، وأخذ الزكوات(٩) كما قاله في «الإشراف».

وفصَّل الماوردي فيها، فقال: إن أقام الإمام لها ناظرًا خرجت من(١٠) عموم ولاية القاضي، وإلا فوجهان.

قال الرافعي: ويشبه أن يطرد هذا التفصيل في(١١) المحتسبين، وكذلك القول في إمامة صلاة الجمعة والعيدين.

قال الماوردي: إن(١٢) أقام الإمام لها شخصًا، خرجت من عموم ولاية القاضي، وإلا فوجهان.

قال الرافعي: ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد.

وله الحكم بنفقات الأقارب والزوجات والرقيق، وتقديرها برأيه واجتهاده، والنظر في التعديل والتجريح(١٣) والتقليد والعزل.

وله إقامة الحدود على مستحقها فيما يتعلق بحقوق الآدميين: كحد القذف،

---

(١) سقط في أ، د، ص، ع.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ج: كان الصرف بجهة.
(٥) في أ، ج، ص، ع: له وصي، وفي د: له وصايا.
(٦) في ص، ع: فله.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ، ج، د، ع: له، و.
(٩) في ج: الزكاة.
(١٠) في د: عن.
(١١) في أ: إلى.
(١٢) زاد في ص، ع: كان.
(١٣) في أ، د، ص، ع: الجرح.

والقصاص على النفوس والأطراف، فأما ما يتعلق بحدود الله - تعالى - [المحضة][(١)]: كحد الزنى وشرب الخمر وتارك الصلاة، فقد جزم في «الأحكام» بأن له إقامتها - أيضًا - من غير طلب، وقال في «الحاوي»: إن تعلقت[(٢)] باجتهادٍ كان القاضي أحق بها، ويأمر ولاة المعاون باستيفائها وهو أولى من مباشرتها بنفسه، وعليهم أن يعملوا بأمره فيها، وإن لم تتعلق باجتهاد كان الأمير أحق بها؛ لتعلقها بتقويم السلطنة، فإن تعلق بها سماع البينة[(٣)]، سمعها القاضي، واستوفى الأمير.

وأطلق في «الإشراف» القول بأنه لا يقتل مرتد دونه، ولا يستوفى [في][(٤)] حد دونه، فإن فعله فاعل عزره القاضي.

وله - كما قال في «الإشراف» - إقطاع أراضٍ ورثها المسلمون في ولايته.

وفي جباية الخراج والجزية وحفظ مال بيت المال خلاف بين الأصحاب، والأظهر في «الرافعي» وبه جزم الماوردي: المنع.

والنظر في أموال الغيب[(٥)]، قال الماوردي: إن علموا بها فلا نظر للقاضي فيها؛ لوقوعها على اختيار، وإن لم يعلموا [بها بأن][(٦)] ورثوها وهم لا يعملون، فهي داخلة في نظر القاضي، وعليه حفظها حتى يقدموا أو يوكلوا؛ فيتخرج حينئذ من نظره.

قال الإمام في أول كتاب قسم الفيء والغنيمة: وحفظها يكون بصيانتها إن لم يخشَ هلاكها، وإن خشي فهو كالبيع[(٧)] عند خوف الفوات بالكلية، وكذا خوفه تلف[(٨)] المعظم، ولا يجوز البيع عند خوف الاختلال الذي لا يتراقى إلى تلف المعظم [ولم يكن ساريًا][(٩)]؛ لأن معظم الأمة لا يعدون ذلك ضياعا. وهذا إذا امتدت الغيبة، وعسرت المراجعة [قبل وقوع الضياع، ولم يمكن تدارك الضياع بالإجارة؛ فلو أمكنت المراجعة،][(١٠)] أو[(١١)] لم ينقطع الخبر انقطاعًا يغلب على الظن الإياس من

---

(١) سقط في أ.
(٢) في د: كان تعلقه.
(٣) في ج: بينة.
(٤) سقط في أ، د، ص.
(٥) في ج: الغيبة.
(٦) في أ: بها لأنهم قد، وفي د: بها لأنهم، وفي ص: لأنهم.
(٧) في د: بالمنع، وفي ج، ع: بالبيع.
(٨) في ج: فوات.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ، ص: و.

العود قبل المستدرك - فلا يسوغ[(١)] التصرف مطلقًا، ولو أمكن التدارك عند عسر المراجعة بالإجارة، اكتفى القاضي بها ولم يبع.

قال الإمام: وإجارة القاضي لأملاك الغُيَّبِ في معنى بيع الأعيان المشرفة على الهلاك؛ فإن المنافع متعرضة للضياع على مر الزمان. قال: وهذا إذا لم يصدر من الغائب نهي عن التصرف في ماله؛ لأن جواز التصرف فيه كان من حيث إن قرائن الأحوال تدل على أن الغيب لا يأبون أن يرعى حقوقهم من يلي أمر المسلمين؛ فلو فرض من المرء عند الغيبة نهي عن البيع، وانتهى الأمر إلى الضياع - فلسنا نرى البيع جائزًا - والحالة هذه - إلا أن يكون حيوانًا، فإنه يباع؛ لأجل حرمة الروح؛ كما يباع في حضرته إذا كان لا يستقل بالإنفاق عليه.

قال: وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء نقض أحكامه كلها، [أصاب فيها أو أخطأ؛ لأنه حكم من لا يجوز حكمه][(٢)] فوجب نقضه كما لو صدر عن بعض الرعية من غير تحكيم[(٣)]، وهذا ما أورده البندنيجي [والبغوي والمصنف، قال الرافعي: وغيرهم.

وكلام الغزالي][(٤)] في «الوسيط» الذي حكيناه من قبل مصرح بأن من ولاه السلطان ذو الشوكة تنفذ أحكامه، و[قد][(٥)] حكينا عن صاحب «الكافي» إبداءه احتمالًا، وذكرنا ما قيل في ذلك، وفي «البحر»: أن امرأة[(٦)] لو قلدت القضاء على مذهب أبي حنيفة، فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه، فحكمت - هل للشافعي[(٧)] نقض حكمها؟ قال الإمام: جرى فيه وجهان:

أحدهما: [ينقض][(٨)]، وهو اختيار الإصطخري.

والثاني: لا ينقض؛ لأنه مجتهد فيه.

قال: وإن استعداه خصم على القاضي قبله [لم يحضره حتى يسأله][(٩)] **عما بينهما**؛ لجواز أن يقصد تعييبه[(١٠)] وتبذيله وتحليفه بغير حق.

---

(١) في ج: يجوز.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: حكم.
(٤) سقط في د.
(٥) سقط في ع.
(٦) في ص: المرأة.
(٧) في ص: على الشافعي.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ج: تعيبه.

قال: فإن ادعى عليه مالًا غصبه أو رشوة أخذها على حكم أحضره؛ لأنه ذكر سببًا[١] محتملًا، ويتعذر إثباته قبل إحضاره[٢]، وهكذا[٣] الحكم فيما إذا ادعى عليه دينًا وغيره.

ثم للمعزول أن يوكل عنه في سماع الدعوى عليه ولا يحضر، وإذا[٤] حضر استؤنفت الدعوى عليه، فإن أقر أو قامت عليه بينة بالمدعي، حكم عليه [به][٥]، وإن أنكر ولا بينة فالقول قوله مع اليمين؛ كما صرح به الماوردي، [وقال][٦] القاضي أبو الطيب في دعوى الرشوة: إن في تحليفه ما سيأتي.

قال: وإن قال: حكم عليّ بشهادة فاسقين أو عبدين، أي: وهو يعلم ذلك، وأنه لا يجوز، وأنا[٧] أطالبه بالغرم - فقد قيل: يحضره؛ لأن ما ادعاه محتمل، وكان عليه الحضور؛ كما لو ادعى عليه مالًا، وهذا قول الإصطخري وابن القاص كما حكاه أبو الطيب، وهو الأصح عند القاضي الروياني في «البحر»، وعند غيره - أيضًا - كما قاله الرافعي.

وقيل: لا يحضره حتى يقيم المدعي بينة أنه حكم عليه؛ لأن الظاهر من أحكام الحكام [نفوذها على][٨] الصحة؛ فلم يجز أن يعدل بها عن الظاهر إلا ببينة؛ صيانة لولاة المسلمين عن البذلة إلا بما يوجبها.

قال ابن يونس: ولأنه يسهل على المدعي إقامة البينة على الحكم؛ لأنه يقع ظاهرًا، بخلاف أخذ المال. وهذا فيه نظر؛ لأن القاضي أبا الطيب قال: [إنما][٩] تسمع البينة على هذا الوجه إذا شهدت على إقراره بأنه حكم [عليه][١٠] بشهادة لا يجوز الحكم بها، وإذا كان كذلك فهذا كالمال سواء.

لكن في «الرافعي» أن البينة إن شهدت على إقراره بذلك أحضره، وإن شهدت بما ادعاه المدعي أحضره، وهذا الوجه أصح عند صاحب «التهذيب».

وفي «الحاوي» حكاية [وجه][١١] ثالث [: أنه][١٢] إن اقترن بدعواه أمارة تدل

---

(١) في ج: شيئًا.
(٢) في د: اختياره.
(٣) في ج: وهذا.
(٤) في أ: وإن.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في ج.
(٧) في د: وإنما.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ص.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ع.
(١٢) سقط في ع.

على صحتها من كتاب أو محضر ظاهر الصحة أحضره، وإن تجردت الدعوى عن أمارة لم يحضره، وفي هذا الوجه يندرج ما حكاه ابن يونس أنه قيل: يكفي في إحضاره أن يقيم بينة أنه حكم عليه بقضايا.

ولو ادعى المدعي أن الحاكم أخذ المال منه بشهادة المذكورين، ودفعه إلى فلان - [أحضره جزمًا](١)؛ لأن هذا [الأخذ كالغصب](٢).

قال [الشيخ](٣): **فإن حضر**، أي: تفريعًا على الوجه الأول، أو باختياره تفريعًا على الثاني؛ كما قاله في «البحر»، **وقال: حكمت عليه بشهادة عدلين حرين - فالقول قوله مع يمينه**، أي: بعد استئناف الدعوى، كما صرح به الماوردي؛ لأنه أمين ادعى عليه خيانة أنكرها؛ فكان القول قوله [مع اليمين](٤) كالمودع.

وقيل: القول قوله من غير يمين؛ لأن في تحليفه امتهانًا له وابتذالًا، وفي خصوم الحاكم كثرة؛ فربما أدى ذلك إلى ألا يتولى أحد القضاء لما يلحقه من عاقبة(٥) الابتذال، وهو قول الإصطخري وصاحب «التلخيص» و«التقريب»، وإيراد القاضي أبي الطيب يقتضي ترجيحه، وقد صححه الشيخ أبو عاصم والبغوي والماوردي كما قاله(٦) الرافعي.

قال: **والأول أصح**؛ لما ذكرناه، ولأن حقوق الآدميين يستوي فيها الكافة، وقد حكى الرافعي هذا عن(٧) اختيار العراقيين والقاضي الروياني، وهو كذلك في «البحر»، وفي «الحاوي» نسبته(٨) إلى أبي إسحاق، أما إذا حضر بعد إقامة البينة عليه بالمدعى فلا بد - أيضًا - من تجديد الدعوى، ولا يتجه(٩) الإنكار؛ لوجود البينة(١٠). نعم، لا يكتفي بما شهدت به أولًا؛ بل [لا](١١) بد من الأداء في وجهه على المعهود.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون المدعى حكمًا في مال أو [في](١٢) دم، وقد

---

(١) في ج: أحضر المال.
(٢) في ص: غصب.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ع: باليمين.
(٥) في أ، ص: عاقبته من.
(٦) في أ: قال.
(٧) في ج، د، ص: من.
(٨) في ج: نسبه.
(٩) في ص، ع: ينجيه.
(١٠) زاد في أ: عليه بالمدعى.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ، د، ص، ع.

نصب الغزالي الخلاف المذكور في الأعداء[١] في سماع أصل الدعوى، وقال: إنه مبني على الخلاف في أن الحكم بشهادة العبدين ومن في معناهما، هل يقتضي غرمًا؟ وأشار بهذا إلى [أن][٢] ما يجب بخطأ الإمام، هل يجب في ماله أو على عاقلته إن كانت تتحمله، أم لا يجب إلا في بيت المال؟ فإن قلنا بالثاني لا تسمع الدعوى عليه، وإلا سمعت كما في قتل الخطأ.

وأطلق في «الإشراف»: أن محمد بن جرير الطبري وغيره من أصحابنا قالوا: لا ينبغي أن يُفَوَّ سهم هذه الدعوى نحو القاضي؛ لأن فيه تشنيعًا عليه، وهو مستغن عن هذا التشنيع عليه، بأن يقيم بيِّنة على فسق الشهود. وحكى عن بعض الأصحاب أنه قال: دعوى الطعن في الشهود مسموعة على[٣] القاضي؛ لأنه ربما يتعذر عليه إقامة البينة.

وقال الرافعي: إن ما ذكره الغزالي من الخلاف غير معروف. نعم[٤]، إن كان المحكوم به قطعًا أو قتلًا، فعن الإصطخري: أن القاضي إنما يضمن إذا استوفاه بنفسه، أو أمر من استوفاه، [فأما إذا استوفاه][٥] الولي بإذن القاضي فلا ضمان على القاضي. وخالفه الأكثرون، وقالوا: لا فرق؛ فإن القاضي هو [الذي][٦] سلط الولي؛ فيمكن أن يجري هذا الخلاف في الأموال. انتهى.

قلت: وما أنكره الرافعي على الغزالي غير متجه عليه؛ لأن الإمام حكاه، ولفظه: إذا ادعى على الأول أنه ترك الصواب في حكمه، وقضى بشهادة عبدين أو معلنين بالفسق، فهل يقبل القاضي الجديد هذه الدعوى؟ ذكر العراقيون [فيه][٧] وجهين:

أحدهما: لا يقبلها، ولا يستحضر المعزول لذلك. وهذا ليس بشيء.

والوجه: القطع باستحضاره، والبحث عن حقيقة حاله.

فرع: إذا ادعى على القاضي بعد العزل: أنك قتلت أبي، فقال: قتلته في أيام ولايتي قودًا، وعرف القاضي قاضيًا فيما سبق من الزمان - قال صاحب «التقريب»: فالقول قوله ولا يمين عليه. وذكر العبادي: أنه الأصح.

---

(١) في أ: عداء.
(٢) سقط في ع.
(٣) في أ: عن.
(٤) في ع: ثم.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ص.

قال في «الإشراف»: وعلى طريقة أبي حامد يحلفه[(١)]. ثم قال: ويمكن بناؤهما - على طريقة أبي حامد - على القولين في تبعيض الإقرار، وهو إذا قال: له عليّ ألف من ثمن خمر [أو خنزير][(٢)].

وهذا حكم الدعوى على المعزول، أما الدعوى على المتولي: فإن كانت بما لا يتعلق بالحكم حكم بينهما خليفته أو قاضٍ آخر كما سبق، وإن ادعى ظلما في الحكم وأراد تغريمه؛ لم يمكن، ولم يحلف القاضي، ولا تغني دعواه إلا بالبينة[(٣)]، وكذا لو ادعى على الشاهد أنه شهد بالزور وأراد تغريمه؛ لأنهما أمينان شرعًا، ولو فتح باب تحليفهما لانسد الأمر، ورغب القضاة عن القضاء، والشهود عن أداء الشهادات، وهذا ما حكاه الإمام في باب الامتناع عن اليمين، وكذا الحكم لو قال القاضي: قد عزلت، وأنكر، وعن الشيخ أبي حامد: أن قياس المذهب التحليف في جميع ذلك؛ كسائر الأمناء إذا [ادعيت عليهم خيانة][(٤)]، وهو ما جزم بتخريجه القاضي أبو الطيب في الشهود، وقال: إن الشهادة عليهم بالتزوير إنما يتصور إقامتها على الإقرار.

قال: وإن قال: جار عليّ في الحكم؛ نظر [في الحكم][(٥)]: فإن كان في أمر لا يسوغ فيه الاجتهاد؛ أي [: بأن][(٦)] يكون مخالفا للنص أو الإجماع أو القياس الجلي، [أو ما][(٧)] في معناه[(٨)] كما سنذكره، وقد ثبت المدعى بالبينة أو بإقرار الخصم - [نقض حكمه؛ كما ينقض][(٩)] حكم نفسه إذا ظهر له ذلك، وقد روي أن علي بن أبي طالب نقض حكم شريح لما حكم في ميراث امرأة ماتت وخلفت زوجًا وابني عم أحدهما أخ لأم: بأن للزوج النصف، والباقي[(١٠)] للأخ من الأم؛ تشبيهًا بالأخ من الأب [والأم مع الأخ من الأب][(١١)]، وقال له: في أي كتاب وجدت هذا؟! وحكم علي - كرم الله وجهه - [بأن][(١٢)] للأخ من الأم السدس[(١٣)]، وقسّم الثلث الباقي بينهما نصفين؛

---

(١) في أ، د، ص، ع: يحلف.
(٢) سقط في أ، ج، د، ص.
(٣) في أ: ببينة.
(٤) في ج: ادعت عليه جناية.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في ص.
(٧) في د، ص، ع: وما.
(٨) في ص: معناهما.
(٩) في د: ينقض حكمه بنقض.
(١٠) في ج: والثاني.
(١١) سقط في د.
(١٢) سقط في أ، د، ص.
(١٣) في ص: بالسدس.

لاعتقاده أن ما قضى به شريح مخالف لنص الكتاب العزيز؛ فإن الله -تعالى- يقول[(١)]: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً﴾ الآية، وسنذكر في أواخر الباب التالي لهذا بقية أدلة جواز النقض.

قال: وإن كان [في أمر][(٢)] **يسوغ فيه الاجتهاد** كثمن الكلب وضمان خمر الذمي، فإن وافق رأيه لم ينقضه[(٣)]؛ لأن له الحكم به، بل يجب عليه، فكيف ينقضه؟!

قال: وإن خالفه؛ ففيه قولان:

أحدهما: ينقضه، قال ابن الخل: لأنه حكم يتعلق باجتهاده؛ فإذا خالفه لم يعتد به.

والثاني: لا ينقضه؛ [لأن نقضه][(٤)] يمنع استقرار حق لأحد[(٥)]؛ لأنه يتسلط كل من ولي القضاء على نقض أحكام من قبله، وهذا ما اختاره النواوي.

واعلم أن بعض الشارحين لهذا الكتاب ومن يتبع ألفاظ الشيخ للاعتراض عليها، اعترض على الشيخ - رحمه الله - فالمتأدب منهم، قال: القول بعدم النقض في هذه الصورة لم يذكر في مشاهير الكتب سواه، وغير المتأدب قال: قول النقض في هذه الصورة [على][(٦)] خلاف الإجماع؛ لأن ما يسوغ فيه الاجتهاد إذا اتصل به حكم حاكم نفذ، ولا يجوز لأحد بعده نقضه، وعلى هذا مضت العصور، ولو فتح هذا الباب لوقع الناس في حرج عظيم في نقض الأحكام، واسترجاع ما مضى من الأمور بمجرد الوهم والخيال. وأطنب في القول [في ذلك][(٧)]، ثم قالوا: نعم، حكى المحاملي في «المقنع» قولين فيما إذا خالف رأيه على غير هذا الوجه، وهما متجهان كما قاله بعضهم:

أحدهما: يمضيه.

والثاني: لا يمضيه، بل يمتنع عن الحكم في تلك الواقعة؛ ليرفع إلى غيره، كما يمتنع من القضاء لنفسه ولولده على خصمه.

قلت[(٨)]: وما ادعي من أن نقض الحكم[(٩)] الذي يسوغ فيه الاجتهاد خلاف

---

(١) في أ: قال.
(٢) سقط في التنبيه، أ، ج، د، ع.
(٣) في ع: ينقض به.
(٤) في أ: لأنه نقض.
(٥) في أ، ص، أحد، وفي د: آخر.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ج: قال.
(٩) زاد في أ، د، ص: في، وفي ع: من.

الإجماع، لم أر في كلام[(١)] الأصحاب ما يخالفه، وقد وافق عليه ابن الصباغ حيث قال: وقد أجمعت الصحابة على ذلك؛ فإن أبا بكر - رضي الله عنه - حكم في مسائل باجتهاده، وخالفه[(٢)] عمر - رضي الله عنه - [فيها][(٣)] ولم ينقض حكمه. وأما حكاية القولين في أنه إذا خالف [رأيه][(٤)] هل يمضيه أو يتوقف؟ فهما صحيحان، وقد أوردهما أيضا البندنيجي وابن الصباغ والماوردي وصاحب «الكافي» وغيرهم عند الكلام في النظر في أمر المحبسين، وتبعهم في ذلك، والرافعي حكاهما وجهين عن رواية أبي الفرج السرخسي، وأن أصحهما: أنه ينفذه، وهو الذي عليه العمل، [وأن][(٥)] ابن كج حكى مقابله عن نص؛ لأن التنفيذ إعانة على ما هو خطأ عنده.

ومع هذا كله فعمًّا [أورد على][(٦)] الشيخ - رحمه الله - [أجوبة، ذكر منها الأولين صاحب «التهذيب»][(٧)]:

أحدهما: حمل كلام الشيخ][(٨)] على ما حكاه المحاملي وغيره؛ لأن نقض الشيء يكون حقيقة إذا نقض بجملته، وإذا نقض [بعضه][(٩)] لم يمتنع[(١٠)] إطلاق اسم النقض [عليه][(١١)] بطريق[(١٢)] المجاز، دليله: الحائط إذا نقض بعضه يصح[(١٣)] أن يقال: نقض الحائط، وإذا كان كذلك فعدم إمضائه نقض لبعض الحكم؛ فصح هذا الإطلاق عليه.

الثاني: حمل ما قاله الشيخ على[(١٤)] بعض الصور التي يسوغ فيها الاجتهاد، لا [على][(١٥)] كلها، وهي:

[ما][(١٦)] إذا حكم حاكم بشفعة الجوار، ثم رفع [الأمر][(١٧)] إلى حاكم شافعي -

---

(١) في ص: كتب.
(٢) في أ، ص: وفالق.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ع.
(٦) في أ، د، ص، ع: أورده.
(٧) في ج، ص، ع: المهذب.
(٨) سقط في د.
(٩) سقط في د.
(١٠) في ص: يمنع.
(١١) سقط في د.
(١٢) في ج: بطريقة.
(١٣) في أ: لم يصح.
(١٤) في أ، د، ص: عن.
(١٥) سقط في ص.
(١٦) سقط في أ، د، ص، ع.
(١٧) سقط في أ، د، ص.

فللشافعي في نقضه قولان؛ بناء على أن شفعة الجوار هل تثبت عنده أم لا؟ والجديد: النقض؛ لأن الجديد عدم ثبوتها، والقديم: المنع؛ لأن في القديم أنها تثبت، حكاه[(١)] الغزالي وغيره.

وإذا حكم حاكم بانقطاع زوجية [امرأة][(٢)] المفقود، ثم جاء حاكم آخر وخالف رأيه رأي الأول - ففي نقضه قولان:

أحدهما: نعم؛ بناء على الجديد.

والثاني: لا؛ بناء على القديم.

لكن للمنازع أن يمنع هذا الجواب؛ لأن من نقض الحكم في الصورتين مستنده أن ذلك يخالف النص والقياس الجلي؛ فلم يتواردا[(٣)] على[(٤)] محل واحد، ثم - أيضًا - المراد: أن يجري القولان عند مخالفة رأيه، وعلى هذا التقدير لم يجريا مع المخالفة، بل من اعتقد الجواز لم ينقض، ومن منع الجواز نقض.

الثالث - وهو ما خطر لي-: أن هذا السؤال إنما جاء من إعادة الضمير في [قول الشيخ][(٥)]: «وافق رأيه أو[(٦)] خالفه»، إلى القاضي الذي ترافعا إليه؛ لأن[(٧)] محل دعوى ابن الصباغ وغيره الإجماع عند المخالفة على عدم النقض، وأنا أقول: عوده إلى القاضي المعزول [ممكن، ويكون تقدير الكلام: نظر في الحكم، فإن وافق رأيه، [أي:][(٨)] رأي الحاكم المعزول][(٩)] بأن[(١٠)] كان حنفيًّا، وحكم بضمان خمر الذمي وقيمة الكلب المعلم - لم ينقضه، أي: الحاكم [المولَّى][(١١)]؛ للإجماع، كما ذكرنا من قبل، وقد حكينا عند الكلام في [أمر][(١٢)] المحبسين اتفاق الأصحاب عليه، وإن خالفه، أي: خالف رأي الحاكم المنصرف، بأن كان شافعيًّا وحكم بذلك - ففيه قولان:

أحدهما: ينقضه، وهو ما حكيناه عن الأصحاب من قبل؛ لأنه حكم بخلاف

(١) في ع: حكاية.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج، ع: يتوارد.
(٤) في ص: في.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ع: إن.
(٧) في د، ص، ع: لأنه.
(٨) سقط في ع.
(٩) سقط في د.
(١٠) في ع: أي أن.
(١١) سقط في أ.
(١٢) سقط في أ، ص.

مذهبه؛ فهو[1] باطل.

والثاني: لا ينقضه؛ لأن إقدامه على الحكم دليل على أنه نظر في دليله فرآه صوابًا، وهو لو صرح بذلك لم ينقضه، وكذلك[2] عند الإطلاق؛ لأن تصرف الحاكم[3] محمول على الصحة ظاهرًا؛ ألا ترى أنه إذا ولى شخصًا أمرًا حكميًّا تتضمن تلك الولاية [استجماع][4] جميع الشرائط المعتبرة فيها، وإن لم يصرح بهذا. وهذا القول لم أره منقولًا هكذا، ولكنه الذي تقتضيه قواعدنا وتظهر صحته.

ويمكن أن يكون أصل القولين: أن المجتهد في مذهب إمام إذا قلد القضاء ورأى [غير مذهبه][5] صوابًا في واقعةٍ، هل[6] له الحكم به أم لا؟ وفيه خلاف ذكرته عند الاستخلاف:

فإن قلنا: إنه لا يجوز، نقضه؛ لأنه حكم بما لا يجوز؛ كما نقول بنقض قضاء القاضي بعلمه إذا قلنا: إن القضاء بالعلم لا يجوز.

وإن قلنا: يجوز، لم ينقضه، و[يعضد هذا][7] أن الغزالي في «المستصفى» قال: إذا حكم مقلد بخلاف مذهب إمامه، هل ينقض؟ إن قضينا بأن المقلد لا يجوز له أن [يتبع أي مفت شاء][8]، بل عليه اتباع إمامه الذي هو أحق بالصواب في ظنه - فينبغي أن ينقض حكمه، وإن جوزنا ذلك فإذا وافق مذهب [ذي مذهب][9]، وقع الحكم في محل الاجتهاد؛[فلا ينقض][10]، والله أعلم.

أما إذا لم يتظلم متظلم في حكم من قبله، فهل له أن ينظر في أحكامه؟ فيه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما - وهو قول الشيخ أبي حامد-: أنه يجوز وإن[11] لم يجب عليه ذلك إلا بعد الرفع؛ لما فيه من [فضل][12] الاحتياط.

والثاني - وهو قول جمهور البصريين-: أنه لا يجوز له [أن][13] يتتبعها[14] من

(١) في ص: وهو.
(٢) في أ، ص: فكذلك.
(٣) في أ، ج، ص، ع: الحكام.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ، د، ص، ع: غيره.
(٦) في ع: فهل.
(٧) في ع: يعضده.
(٨) في د: يثبت شيئًا.
(٩) سقط في ص.
(١٠) سقط في د.
(١١) في أ، د: إن.
(١٢) سقط في ص.
(١٣) سقط في ج.
(١٤) في أ، د: يتعقبها، وفي ج: تعقُّبُها.

غير متظلم؛ لأنه تتبع [يقتضي][(١)] قدحًا في الولاية، فيتوجه عليه مثله.

ثم إذا تتبع أحكام من قبله فإن كان فيها ما يتعلق به حق الله - تعالى - مثل: الطلاق والعتاق وغيرهما، قال القاضي أبو الطيب: فسخه إن وجده مخالفًا لما لا يجوز مخالفته، وإن لم يتعلق به حق الله - تعالى - لم يفسخه، و[(٢)] لم يتعرض له؛ لأن له مستحقًّا معينًا. نعم، [هل][(٣)] على القاضي تعريف الخصمين صورة الحال؛ ليترافعا إليه فينقض[(٤)] الحكم؟ حكى القاضي ابن كج [عن ابن سريج][(٥)]: أنه لا يجب إذا عرفا أنه بان الخطأ، وعن سائر الأصحاب أنه يجب وإن علما[(٦)] أنه بان الخطأ؛ لأنهما [قد][(٧)] يتوهمان أنه لا ينقض الحكم، وبتعريفهما يرتفع[(٨)] التوهم.

فرع - نختم به الباب، حكاه الإمام قبيل باب الامتناع من اليمين-: إذا نكح[(٩)] رجل امرأة، ثم استفتيا [مفتيا، فأفتى بفساد النكاح، والمسألة مجتهد فيها - فهل تبين المرأة عن الرجل][(١٠)] بالفتوى؟ ذكر صاحب «التقريب» في تضاعيف كلامه وجهين فيه:

أحدهما: لا، وإن وقع الرضا بالفتوى، وإنما ينقطع النكاح بقضاء القاضي.

والثاني: نعم؛ فإن اتباع الفتوى حتم على المكلف.

وذكر وجهًا ثالثًا مفصلًا، [فقال][(١١)]: إن صحح النكاح قاض فالفتوى لا ترفعه، وإن لم يتصل تصحيحه بقضاء قاض[(١٢)] [فالفتوى ترفعه][(١٣)].

وقال الماوردي عند الكلام في أن الحكم إذا وقع ينفذ ظاهرًا وباطنًا أم لا؟ قال: إن المناكح المختلف فيها - كالنكاح بلا[(١٤)] ولي ونحوه - للزوج فيها حالتان: إحداهما: في عقده، والأخرى[(١٥)] في حله[(١٦)].

فأما حال[(١٧)] العقد: فإن كانا من أهل الاجتهاد [جاز][(١٨)] لهما أن ينفردا بالعقد

---

(١) سقط في أ، ج، د، ع.
(٢) زاد في د: إن.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ص: لينقض.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ج: عرفًا.
(٧) سقط في د.
(٨) في ص: يرفع.
(٩) في أ، د، ص: أنكح.
(١٠) سقط في د.
(١١) سقط في د.
(١٢) زاد في أ، ع: قال.
(١٣) في أ، د، ص، ع: ارتفع بالفتوى.
(١٤) في ع: بغير.
(١٥) في ص: والثانية.
(١٦) في د: حده.
(١٧) في ع: في حالة.
(١٨) سقط في أ.

باجتهادهما من غير [حكم][(١)] حاكم واستفتاء[(٢)] [مجتهد، وإن كانا من غير أهل الاجتهاد؛ ففي جواز انفرادهما بالعقد من غير اجتهاد حاكم واستفتاء][(٣)] مجتهد وجهان:

أحدهما: يجوز ما لم يمنعهما ذو حكم؛ لما في الاجتهاد من إباحته.

والثاني: لا يجوز ما لم يأذن لهما [فيه][(٤)] ذو حكم؛ لما في الاجتهاد من خطره.

وأما حال الرفع والحل: فإن اختلف الزوجان [فيه فلا يرتفع ولا ينحل][(٥)] إلا بحكم حاكم، وإن اتفقا عليه من غير طلاق: فإن كانا من غير أهل الاجتهاد فلا يرتفع [بأنفسهما، ونظر][(٦)]: فإن كان زوَّجهما[(٧)] حاكم - لم يرتفع إلا بحكم حاكم؛ لتجاوزه إلى من يعقد النكاح من بعده، وإن كان الزوجان من أهل الاجتهاد؛ ففيما يرتفع به العقد وجهان:

أحدهما: يرتفع باجتهادهما؛ اعتبارًا بعقده.

والثاني - وهو قول ابن سريج -: لا يرتفع إلا بحكم حاكم؛ لتجاوزهما إلى من يعقد النكاح من بعده[(٨)].

فرع آخر: إذا تقدم للقاضي خصمان، وقالا: إن بيننا خصومة في كذا، وقد فصلها القاضي فلان بيننا وحكم بكذا، ولكنا نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك، ونرضى بحكمك واجتهادك [فيه][(٩)] - فعن[(١٠)] ابن كج فيه حكاية وجهين، أشبههما في «الرافعي»: الثاني[(١١)]. والله أعلم.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ج: واستنباء.
(٣) سقط في أ، د، ص.
(٤) سقط في أ، د، ص.
(٥) في أ، د: فلا يرتفع وينحل، وفي ص: فيه ولا يرتفع.
(٦) في ص: بينهما وينظر.
(٧) في أ، د، ص، ع: زوجها.
(٨) في ج، د، ص: بعدهما.
(٩) سقط في أ، د، ص، ع.
(١٠) زاد في ع: القاضي.
(١١) قوله: فرع آخر: إذا تقدم للقاضي خصمان وقالا: إن بيننا خصومة في كذا، وقد فصلها القاضي فلان بيننا، وحكم بكذا، ولكنا نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك، ونرضى بحكمك واجتهادك، فعن القاضي ابن كج حكاية وجهين فيه، أشبههما في الرافعي: الثاني. انتهى كلامه بحروفه.
وترجيح الثاني متوقف على بيانه، ولم يتقدم له ولا للأول في كلامه ذكر بالكلية، وقد ذكره الرافعي - رحمه الله - على الصواب ولكن حصل للمصنف في نقله غلط، فقال قبيل الطرف الثاني: فهل يجيبهما أم يتعين - أيضًا - الحكم الأول، ولا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد؟ فيه وجهان أشبههما الثاني. [أ و].

باب صفة القضاء

[قال]: **إذا جلس بين يدي القاضي خصمان، فله أن يقول لهما: تكلما**؛ لأنهما ربما هاباه في الابتداء بالكلام، وهذا نصه، ومعناه: ليتكلم المدعي منكما، وإلا فكلامهما معا ممنوع منه.

قال في الحاوي: وإذا كان سكوتهما للتأهب للكلام، أو لهيبة حصرتهما عن الكلام، أمسك عنهما حتى يتحرر للمتكلم ما يذكرهُ، وتسكن نفوسهما، والأولى أن يكون القائل لهما: «تكلما» القائم على رأس القاضي، أو بين يديه.

وله أن يسكت حتى يبتدئا؛ لأنهما حضرا للكلام، كذا نص عليه أيضا، ولا يقول لأحدهما: تكلم؛ لأنه إذا أفرده بالخطاب كسر قلب الآخر. كذا ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، وحكى الرافعي وابن شداد: أنه إذا علم المدعي منهما فله أن يقول له: تكلم.

قال الماوردي: والأولى في آداب الخصمين إذا جلسا للتحاكم أن يستأذنا القاضي في الكلام.

وما ذكره الشيخ متبعًا فيه للنص من السكوت عنهما إلى أن يتكلما، محمول على ما إذا توقع منهما ما ذكرناه، أما إذا كان لغير سبب لم يتركهما على تطاول الإمساك، بل يقول لهما: ما خطبكما؟

وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم أنه قيل[(١)]: يسكت ولا يقول شيئًا، فإن ادعى واحد منهما، وإلا أقيما من مكانهما.

قال: **فإن ادعى كل واحد منهما على الآخر حقًّا قدم السابق منهما بالدعوى**؛ لسبقه، ويمنع الآخر من الكلام؛ لأن ذلك يفسد نظام الدعوى، ويمنع[(٢)] كل [واحد][(٣)] [منهما][(٤)] من أن ينال عرضه أو يحيف عليه، والقاضي جلس للعدل.

قال: **فإذا[(٥)] انقضت[(٦)] خصومته سمع دعوى الآخر**، [أي:][(٧)] إذا لم يعارضها سبق غيره كما ذكرنا من قبل؛ لأنه حينئذ لا مانع منها. ولو لم يسبق أحدهما، بل

---

(١) زاد في ع: عليهما و.
(٢) في ص، ع: ويمتنع.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في ج.
(٥) في التنبيه: فإن.
(٦) في ص: انقطعت.
(٧) سقط في ج.

تكلما معًا فالذي حكاه الإمام عن العراقيين، وبه جزم في «الوسيط»: الإقراع، وهو المحكي في[(١)] «الشامل» عن الشيخ أبي حامد.

وحكى الماوردي معه وجهًا آخر: أنه يصرفهما حتى يتفقا [على][(٢)] من الطالب منهما.

والذي حكاه ابن شداد: أنه يسأل: من العون؟ فمن[(٣)] قال: إنه أحضره، فهو المدعى عليه، وإن كانا قد حضرا بأنفسهما أقرع [بينهما][(٤)].

قال: فإن قطع أحدهما [الكلام][(٥)] **على صاحبه**، أي: في الدعوى، أو ظهر منه لدد، أي: التواء في الخصومة؛ مثل أن قال: استحلف خصمي، فلما شرع في استحلافه، قال: اقطع حتى أقيم البينة، ولم يكن له بينة، أو قال لما أراد الحاكم أن يحكم: لي[(٦)] بينة أقيمها، ثم عاد ورفعه ثانيًا ولم يقم بينة، وما أشبه ذلك مما يعلم منه أنه قصد [به][(٧)] الإضرار والعنت، أو سوء أدب؛ أي: [مثل أن][(٨)] عرض للحاكم بأنك ظلمتني[(٩)]، أو: حكمت علي بغير حق، كما قاله البندنيجي.

قال: نهاه؛ ليرجع إلى الحق، وصورته، أن يقول: ذلك لا يجوز فلا تبتذل الناس.

قال: فإن عاد زبره، أي: أغلظ له في الكلام، بأن يصيح عليه، أو يتوعده؛ ليقف عند الحد.

قال: فإن عاد، عزره [؛ أي:][(١٠)] إذا رآه؛ لينكف عن مخالفة الشرع.

واللدد - بفتح اللام، كما قاله ابن الصباغ -: ترك الطريق المستقيم؛ ولهذا يسمى الوجور في أحد الشدقين: لدودا، لأنه يميل[(١١)]، ويقال: خصم ألد، وقال النواوي: [إن][(١٢)] أصله: لديدا الوادي، وهما ناحيتاه.

قال: فإن[(١٣)] **ادعى دعوى غير صحيحة لم يسمعها**، أي: لم يرتب عليها أمرًا من

---

(١) في ع: عن.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ع: فيمن.
(٤) سقط في ج، د، ص، ع.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ص، ع: له.
(٧) سقط في أ، ص، ع.
(٨) في ص، ع: بأن.
(٩) في ع: ظلمت.
(١٠) سقط في د، ع.
(١١) في ع: تميل.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في التنبيه: وإن.

سؤال الخصم وما بعده؛ لعدم استحقاق ذلك.

قال الأصحاب: ويقول له: صحح دعواك، وقد تقدم الكلام في تلقين الدعوى والاستفسار.

قال: وإن ادعى دعوى صحيحة، [أي][(١)]: وهي الموصوفة بما سنذكره في باب الدعاوى[(٢)] - إن شاء الله تعالى - قال للآخر: ما تقول فيما ادعاه[(٣)] **عليك**؟ أي: وإن لم يطالبه المدعي بذلك؛ لأن به[(٤)] تنفصل [الدعوى و][(٥)] الخصومة؛ فلا معنى للتطويل، ويقوم مقام ذلك قوله: اخرج عن دعواه وشبهه.

وقيل: لا يقول حتى يطالبه المدعي، أي مثل أن يقول: وأنا أسأل سؤاله أو مطالبته بالجواب؛ لأنه حق له، فلا يطالب[(٦)] به خصمه إلا بعد مسألته؛ كما نقول في اليمين: إذا توجهت عليه[(٧)] لا نحلفه إلا بعد مسألة المدعي، وهذا أصح عند القاضي أبي سعد[(٨)].

قال: وليس بشيء؛ لأن الدعوى تتضمن مسألة الجواب؛ لأنه إنما يدعي عليه حتى يسمع جوابه، والدعوى من غير استدعاء جواب هذيان من المدعي، وتفارق اليمين؛ فإن الدعوى لا تتضمن الاستحلاف، وقد قال في «الإشراف»: إن أصل الوجهين الخلاف المذكور فيما إذا جلس بين يدي الحلاق، فحلق رأسه، فهل يستحق الأجرة؟ وأصله مسألة المعاطاة في البيع.

قال الماوردي في باب ما[(٩)] على القاضي في الخصوم: وعلى الوجهين يخرج ما إذا حكم بالبينة قبل السؤال، فإن قلنا بالأول نفذ حكمه، وإن قلنا بالثاني، [فلا][(١٠)].

قال: فإن[(١١)] أقر [أي:][(١٢)] بعد سؤال القاضي بالطلب أو بدونه على أصح الوجهين في «تعليق» أبي الطيب و«الشامل» و«النهاية» وغيرها.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ص: الدعوى.
(٣) في التنبيه، أ: يدعيه.
(٤) في ج: بذلك.
(٥) سقط في أ، ص، ع.
(٦) في أ: يطالبه.
(٧) في ج: به.
(٨) في ج، د، ص: سعيد.
(٩) زاد في ص: الشيخ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في التنبيه: وإن.
(١٢) سقط في أ.

قال: **لم يحكم عليه حتى يطالبه المدعي**؛ لأن الحكم حقه؛ فتوقف على إذنه.

قال الماوردي: فيقول القاضي للمدعي: قد أقر لك بما ادعيت، فماذا[(١)] تريد [منه][(٢)]؟ ولا يقول له: قد سمعت إقراره؛ لأن قوله: قد أقر، حكم بصحة الإقرار، وليس قوله: قد سمعت الإقرار، حكمًا بصحة الإقرار، وقيل: الحكم: ليس للمقر له ملازمة المقر، صرح به الماوردي.

قلت: ويجيء وجه أنه لو حكم[(٣)] قبل السؤال في هذه الحالة ينفذ كما قلنا بمثله فيما إذا حكم قبل السؤال وقد قامت البينة، ويعضده: أن الرافعي في كتاب القاضي إلى القاضي، حكى عن «العدة» أنه لا يجوز الحكم على المدعى عليه، إلا بعد سؤال المدعي على أصح الوجهين، ولم يخص ذلك بما إذا كان الحق قد ثبت بالبينة، أما إذا أقر قبل سؤال القاضي أو بعده، وقد صدر بدون إذن المدعي، واعتبرنا إذنه في صحة السؤال - قال في «الحاوي»: فإقراره يؤخذ به، لكن في حكم القاضي به الخلاف المذكور في القضاء بالعلم: فإن أجزناه أمسك عن سؤاله؛ لاعترافه بالمراد منه، وإن منعناه صار شاهدًا فيه، ولم يجز أن يحكم به إلا أن يعود بعد سؤاله، ويكون وجوب السؤال باقيًا، ولو كان المدعي قد تفرد بسؤال المدعى عليه بعد الدعوى دون القاضي، فالخصم لا يلزمه الجواب، لكن هل يقوم بسؤاله مقام سؤال القاضي؟ فيه وجهان ينبنيان[(٤)] على أن للقاضي التفرد بالسؤال من غير طلب أم لا؟ فإن قلنا بالأول لم يقم مقامه، ويكون الحكم كما لو أقر قبل السؤال، وإن قلنا بالثاني قام مقامه، وكان كما لو أقر بعد سؤال القاضي المعتد به.

تنبيه: في قول الشيخ لم يحكم... إلى آخره، ما يعرفك أن الحق قد ثبت ولزم بالإقرار؛ لأن الحكم لا يكون إلا بعد ذلك، وقد صرح به الماوردي والبندنيجي والقاضي الحسين؛ حيث قالوا: [إنه][(٥)] لو أقر بالحق فقد لزمه، ولكن الحاكم لا يحكم بذلك إلا بعد أن يطالبه المدعي [بذلك][(٦)]، وهذا بخلاف[(٧)] ما إذا قامت البينة؛ فإن الحق لا يثبت بمجرد الإقامة؛ لأن وراء التعديل وقفات وتوقع ريب؛

---

(١) في ص: فما.
(٢) سقط في أ، د، ص.
(٣) زاد في ص، ع: عليه.
(٤) في أ: مبنيان.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج: يخالف.

فلا بد من قطعها بإظهار القضاء.

وحكى الإمام عن بعض الأصحاب أن الإقرار كالبينة المعدلة، [ثم][1] قال: وليس بشيء؛ لما ذكرنا.

وقد يفهم من لفظ ابن يونس حكاية الخلاف على غير هذا النحو، والرافعي لما حكى الخلاف كما ذكرناه قال: والطبع لا يكاد يقبل[2] الخلاف فيه؛ لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق المدعي في نفسه، فمعلوم أنه لا يتوقف على الإقرار، فكيف على الحكم بعد الإقرار؟ [وإن كان [المراد][3] المطالبة والإلزام، فلا خلاف في أن للمدعي الطلب بعد الإقرار][4]، وللقاضي الإلزام، وإن نظر ناظر إلى وجه ذكرناه في الإقرار: أن الإقرار المطلق لا يكفي للمؤاخذة، بل يسأل المقر عن سبب المال[5] الثابت، فقال: إذا كان الإقرار المطلق مختلفًا فيه كان في محل النظر والاجتهاد، فاعتبر قضاء القاضي على رأي - فهذا شيء لا يختص بالإقرار بعد الدعوى في مجلس[6] القاضي؛ بل ينبغي أن يطرد في محل الإقرار.

[قال: **وإن أنكر فله أن يقول: «ألك بينة؟»**؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا مِنْ حَضْرَمَوْتَ حَاكَمَ رَجُلًا مِنْ كِنْدَةَ إِلَى رَسُوْلِ اللهِ ﷺ فِي أَرْضٍ، فَقَالَ لِلْحَضْرَمِيِّ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: « فَيَمِينُهُ»[7]][8].

قال: **وله أن يسكت**[9]؛ تحرزًا من اعتقاد ميل إلى المدعي، وهذا ما حكاه الماوردي في أوائل باب ما على القاضي في الخصوم، عن بعض الأصحاب، وحكى عن بعضهم[10] أنه[11] اختار أن يقول للطالب: قد أنكرك ما ادعيته فماذا تريد؟ وقال بعد ذلك: إنه مخير: إن شاء قال: قد أنكرك فهل لك بينة؟ وإن شاء قال: قد أنكرك فما عندك فيه؟

(١) سقط في ص.
(٢) في ج: فيقبل.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: الملك.
(٦) في ص، ع: محل.
(٧) أخرجه مسلم (١/ ١٢٣) كتاب الإيمان، باب: وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة، برقم (٢٢٣/ ١٣٩).
(٨) سقط في أ.
(٩) في ص: يكتب.
(١٠) في أ، د، ص، ع: غيرهم.
(١١) زاد في أ، ج، د، ع: إن.

قال: والأولى الأول مع من جهل، والثاني: [أولى][(١)] مع من علم.

وفي كتب المراوزة حكاية وجه أنه لا يقول ذلك؛ [لأنه][(٢)] كالتلقين لإظهار حجته.

وفي «ابن يونس» أن موضع السكوت إذا كان المدعي يعلم أن ذلك موضع إقامة البينة، أما إذا كان لا يعلم ذلك فإنه يقول: ألك بينة؟ وهذا ما أفهم كلامه في «المهذب»: أنه على وجه الوجوب.

[قال: فإن قال: ما لي بينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه إذا لم تكن الدعوى في دم، كما قيده الشافعي - رضي الله عنه - لقوله ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِيْنُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[(٣)].

قال ابن الصباغ وغيره: ويسأل الحاكم المدعي: هل يختار إحلافه أم لا؟][(٤)].

قال: ولا يحلفه حتى يطالبه[(٥)] المدعي؛ لأن استيفاء اليمين حق له فتوقف على إذنه كالدين، ولو حلفه قبل الطلب لم يعتد بها.

وفي «البحر»: أن بعض أصحابنا بخراسان قال: [إنه][(٦)] يعتد به، وهو غلط. وكأنه يشير إلى ما حكي عن الشاشي؛ فإن القاضي الحسين حكى أن الشاشي قال: المذهب: أن للقاضي أن يحلفه قبل طلب اليمين.

وفي «الإشراف» نسبة هذا المذهب إلى الشاشي نفسه، وحكاه أبو الفرج الزاز وجهًا، ووجهه بأن للمدعى عليه غرضًا في اليمين وهو سقوط المطالبة والملازمة، وادعى أنه أصح.

قال القاضي الحسين: والذي قاله أكثر أصحابنا الأول [، ولم يورد سواه في باب ما على القاضي في الخصوم][(٧)].

وعلى[(٨)] هذا قال الإمام في باب امتناع اليمين: وحق [على][(٩)] القاضي أن يقول للمدعي: أحلف خصمك إن أردت، وإلا فاقطع طلبتك [عنه][(١٠)] واترك رفعه إلى مجلس الحكم.

---

(١) سقط في ج، د، ص.
(٢) سقط في ع.
(٣) تقدم.
(٤) سقط في ع.
(٥) في التنبيه، أ: يطالب.
(٦) سقط في ص، ع.
(٧) سقط في ج، د، ص، ع.
(٨) في أ: وقال.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في ج.

[ثم][(١)] كما لا يعتد باستحلاف القاضي قبل الطلب لا يعتد [باليمين أيضًا][(٢)] بعد الطلب وقبل إحلاف القاضي كما صرح[(٣)] به القاضي الحسين.

وفي «الحاوي»: أنه هل يجوز للقاضي أن يعرض عليه اليمين قبل مسألة المدعي إذا لم يعتد باليمين قبل الطلب؟ فيه وجهان:

أحدهما - عن ابن سريج-: أنه يجوز؛ ليعلم إقدامه عليها فيعظه [أو يحذره][(٤)]، وقال في باب موضع اليمين: لو فوض الحاكم إلى الحالف اليمين، فاستوفاها على نفسه - كان الحاكم مقصرًا، وهل يجوز؟ فيه وجهان محتملان:

أحدهما: يحتسب بها؛ لأنها باجتهاد الحاكم وعن أمره.

والثاني: لا؛ لأنها تصير محمولة على نية الحالف، وهي مستحقة على نية المستحلف؛ فكانت غير مستحقة[(٥)].

فرع: لو قال المدعي للمدعى عليه: قد أبرأتك عن اليمين؛ سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى، وله استئناف الدعوى وتحليفه، ذكره في «التهذيب» و«المهذب»، ويظهر[(٦)] أن ذلك مبني على مذهب العراقيين الذي سنذكره.

أما إذا قلنا بمذهب المراوزة فيظهر ألا تسوغ الدعوى عليه ثانيا.

قال: وإن[(٧)] **نكل** [المدعى عليه][(٨)] عن اليمين، أي: بأن قال بعد قول القاضي له قل: بالله[(٩)]، [أو: احلف بالله][(١٠)]-: لا أحلف، أو: أنا ناكل، [وهو عارف بمعنى النكول][(١١)] - رد اليمين على المدعي؛ أي: إذا كان الحق له؛ لأن عمر - رضي الله عنه - بدأ باليمين على المدعى عليهم، ولما لم يحلفوا ردها على المدعين، وقد رَوَى ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ اليَمِيْنَ عَلَى طَالِبِ الحَقِّ[(١٢)]، وسنذكر في باب اليمين في الدعاوى ما يقوي ذلك.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ، د، ص، ع: بها.
(٣) في ص، ع: قال.
(٤) في ع: ويحذره.
(٥) في أ، د، ص، ع: المُستحقة.
(٦) زاد في ع: لك.
(٧) في التنبيه: فإن.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) في ص: والله.
(١٠) سقط في ص، ع.
(١١) سقط في ص.
(١٢) أخرجه الدارقطني (٤/ ٢١٣) كتاب الأقضية والأحكام، باب: كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري، برقم (٣٤)، والحاكم (٤/ ١٠٠)، والبيهقي (١٠/ ١٨٤) كتاب الشهادات، باب: النكول ورد اليمين.

قال الغزالي: ولا يحتاج في هذه الحالة إلى قضاء القاضي بالنكول حتى لو قال المدعى عليه بعد قوله: لا أحلف، أو: أنا ناكل-: أنا أحلف، لم يجد إليه سبيلًا.

وهذا أبداه الإمام في كتاب الدعاوى احتمالًا لنفسه، وحكاه في كتاب الإقرار عن رواية شيخه عن بعض الأصحاب، ولم يحك الرافعي عن رواية الإمام سواه، وقال: إن غيره وافقه فيه، والذي صدر به الإمام كلامه في كتاب(١) الإقرار أنه [قال](٢): لو أراد بعد قوله: نكلت عن اليمين، أو: لست أحلف - الحلف؛ كان له ذلك ما لم يجرِ القضاء بالنكول.

وقد حكى الرافعي مثله عن البغوي فيما إذا قال له القاضي: احلف بالله، فقال: لا أحلف.

وقد اتفق(٣) الكل على الاحتياج إلى القضاء بالنكول عند(٤) عرض اليمين عليه فلم يحلف ولم(٥) يلفظ بأنه ناكل أو ممتنع.

قال الإمام: ولا يجوز له في هذه الحالة أن يقضي بالنكول ما [لم](٦) يظهر له ذلك منه، حتى لو جوز أن يكون امتناعه عن دهش، أو كان يقدر أنه [لا](٧) يفهم عَرْض اليمين؛ لغباوة وعدم إلف بمراسم الخصومات - فليس له [أن](٨) يقضي بالنكول.

ويقوم مقام حكم الحاكم - إذا احتجنا إليه، كما ذكرنا - قول القاضي للمدعي: [احلف، أو](٩): أتحلف؟

[وقال في «البحر»: عندي أن قول القاضي للمدعي: أتحلف](١٠)؟ لا يمنع المدعى عليه من الحلف، وأنه الأظهر. [و[هو](١١) ما حكاه الإمام عن القاضي الحسين، ورأيته في «تعليقه»، ووجهه بأنه لم يأمره باليمين، بل استشاره فيها مستفهما](١٢).

---

(١) في ص، ع: باب.
(٢) سقط في أ، ص، ع.
(٣) في ص: اختلف.
(٤) في ج: عن.
(٥) في أ، د، ص، ع: ولا.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ج.
(١٢) سقط في أ.

وهل يقوم إقبال القاضي على المدعي ليقول له: احلف، مقام الحكم، حتى لو أراد المدعى عليه أن يحلف[١] بعد ذلك لم يجد إليه سبيلًا؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين، والذي قطع به جوابه في الكرة الثانية: المنع من العود إلى اليمين.

وفي «الحاوي»: أنه[٢] لو امتنع عن اليمين، أو قال: قد نكلت عنها، [أو: لست][٣] أحلف - حكاية وجهين:

أحدهما: لا ترد اليمين على المدعي إلا بعد أن يقول للمنكر: قد حكمت عليك بالنكول؛ [لما فيه من الاجتهاد، فإن ردها عليه قبل حكمه لم يصح.

والثاني: يجوز أن يردها على المدعي وإن لم يقل: حكمت عليك بالنكول][٤]؛ لأن ردها [عليه][٥] حكم بالنكول.

قال الأصحاب: ويستحب للحاكم تكرار عرض اليمين على المدعى عليه ثلاثًا قبل القضاء عليه بالنكول.

قال الرافعي والبغوي: واستحبابه في حالة السكوت أكثر من استحبابه فيما إذا صرح بالنكول.

قال الإمام: فلو لم يكرر العرض [عليه][٦] عند السكوت، وقضى عليه [بالنكول][٧] - نفذ إذا ظهر له من العرضة الأولى.

وفي «الحاوي»: أن أصحابنا اختلفوا فيما يستقر به نكوله على وجهين:

أحدهما: يستقر بإعلامه ولو مرة واحدة.

[والثاني][٨] - وهو قول أهل العراق-: [أنه لا يستقر حتى يعرض عليه ثلاثًا][٩].

أما إذا كان المدعى عليه لا يعرف معنى النكول بأن كان عاميًّا، قال القاضي الحسين: فيجب على القاضي أن يعلمه بأنك إن نكلت تعرض اليمين على المدعي،

---

(١) زاد في ع: عليه.
(٢) في ج: إن.
(٣) في أ: ولست.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ، ص.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في ص.

ويحلف ويستحق عليك الدعوى. ويقرب منه قول الماوردي أنه إذا لم يعرف حكم النكول وجب على القاضي أن يعلمه، وأنه يوجب رد اليمين على المدعي ليحكم له بيمينه.

ولو اشتبه أمره على القاضي، قال القاضي الحسين: فهو كما لو كان عارفًا بحكم(١) النكول؛ فلا يجب ذكره [له](٢)، بل يستحب.

ثم حيث قلنا: يجب الإعلام بحكم القاضي بالنكول، ولم يعلمه - قال الإمام: فهذا فيه احتمال ظاهر، والأوجه: أن قضاءه بالنكول ينفذ.

وقد أقام الغزالي هذا الاحتمال وجهين.

واعلم أن قول القاضي للمدعى [عليه](٣): احلف بالله، ليس أمرًا جازمًا، كما قال الإمام، ولكنه إبانة وقت الحلف(٤) واليمين المعتد(٥) بها إن أرادها المدعى عليه.

فرع: لو لم ينكل المدعى عليه عن اليمين، لكن قال بعد الإنكار وعرض اليمين عليه: قد حلفني مرة(٦) على هذا الحق - نظر: فإن ادعى(٧) أن هذا القاضي هو الذي حلفه، قال القاضي الحسين: فإن تذكر أنه حلفه لم يحلفه مرة ثانية، وإن لم يتذكر لم يلتفت إلى دعوى المدعى عليه؛ لأن إقامة البينة على ذلك غير ممكنة كما صرح به غيره.

وعن ابن القاص - كما حكاه أبو سعد الهروي-: أنه يجوز سماع البينة على أنه حلفه، ورأيت في «الإشراف» أن ابن القاص عزاه إلى النص، قال الرافعي: وحقه الطرد في كل باب.

قلت: وقد طرده، كما سنذكره عنه.

ولو لم تقم بينة، ورام تحليفه - جزم في «البحر» بأن له ذلك.

وإن ادعى أن الذي حلفه غير هذا القاضي، ففي السماع وجهان لأبي سعيد الإصطخري، وهما في «الوسيط» وغيره، مأخوذان من أن الدعوى بما ليس عين

---

(١) في ج: بمعنى.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ع: الحالف.
(٥) في أ: ليعتد.
(٦) زاد في ج، د: أخرى.
(٧) زاد في أ: على.

الحق ولكنه ينفع في الحق هل تسمع أم لا؟ وفيها[١] خلاف سنذكره، والذي قطع به القاضي الحسين منهما في الكرة الثانية، وبه أجاب في «التهذيب»: السماع هاهنا؛ فعلى هذا: إن حلف: إنه ما حلفه، فذاك، وإن نكل حلف هو وتخلص عن الخصومة، وله في هذه الصورة إقامة البينة.

ولو قال المدعي: قد حلفني على ذلك، فحلفه: إنه ما حلفني إني ما حلفته - لم يسمع؛ للتسلسل، وكون المدعي أحق بالحلف؛ لأنه الطالب، كذا حكاه الغزالي وغيره، وفي «البحر» نسبة ذلك إلى تخريج ابن القاص، على أن الرافعي حكى عن ابن القاص أنه قال بعدم سماع [دعوى][٢] المدعى عليه أنه حلفه.

قال: فإن حلف استحق؛ لأنه فائدة الرد.

وحكى في «الإشراف» وجهًا آخر أن الحق[٣] لا يجب إلا بحكم الحاكم، وأشار إلى بناء الوجهين على أن يمين الرد كإقرار الخصم أو كالبينة المقامة عليه؛ وفيها قولان مشهوران، وقال الإمام: إنهما مستنبطان من كلام الشافعي، رضي الله عنه.

قال القاضي الحسين: فكأنا على قولٍ نغلب جانب المدعى [عليه، وننزل النكول من جهته منزلة الإقرار، وعلى قولٍ نغلب جانب المدعي][٤] وننزل ما يأتي به منزلة بينة يقيمها، والصحيح من القولين في «المهذب»[٥] في كتاب النكاح وغيره، وفي «الرافعي» وغيرهما، وهو المنصوص في «المختصر»-: أنها كالإقرار؛ لأن النكول صادر من جهة المدعى عليه واليمين مترتبة عليه.

وعلى ذلك ينطبق قول ابن الصباغ في باب دعوى الدم: إن قولنا: إنها[٦] كالبينة، قول ضعيف. [واستدل[٧] على ضعفه في باب][٨] النكول ورد اليمين[٩] بأن القاذف لو ادعى على المقذوف أنه زنى؛ فنكل، وحلف هو - سقط عنه الحد، ولا يجب على المقذوف حد الزنى، وكذا لو ادعى على شخص سرقة نصاب، فنكل، وحلف هو - وجب المال دون القطع، ولو كان كالبينة لوجب الحد في الصورتين؛ فدل على أنه

---

(١) في ص: فيه.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: الحكم.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: المذهب.
(٦) في أ، د، ص، ع: إنه.
(٧) في أ: كما سيدل.
(٨) في ص: واستدل على أن.
(٩) زاد في ص: كالإقرار.

كالإقرار، ويجعل إنكاره رجوعًا عنه. وما قاله من عدم إيجاب الحد والقطع هو المذكور [في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الحاوي» وغيرهما في الباب المذكور][(١)].

لكن في «النهاية» في كتاب السرقة حكاية عن الأصحاب: أن القطع يجب باليمين المردودة؛ لأنا إن جعلناها كالإقرار، فالقطع يثبت به، وإن جعلناها كالبينة، فهي كبينة كاملة؛ بدليل أن القصاص يثبت بها، ثم قال: وقد يخطر للناظر في هذا أدنى إشكال؛ لأن اليمين لا تتعلق إلا بالمال [فقط][(٢)]، والقطع لله - سبحانه - ولو قال رجل: استكره[(٣)] فلان جاريتي وزنى بها، فأنكر المدعى عليه، وأفضت الخصومة إلى [يمين الرد][(٤)] - فالمهر يثبت بها، ويبعد أن يثبت حد الزنى؛ فإذن [يجب][(٥)] ترديد الرأي في ثبوت حد السرقة لما أشرنا إليه، ويجب القطع بأن حد الزنى لا يثبت، وما قاله العراقيون أظهر، لكن قد يعضد القول بأن النكول مع اليمين كالبينة بنص الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم»؛ حيث قال - كما حكاه في «البحر» وغيره في كتاب الدعاوى-: لو[(٦)] تعلق رجل برجل، فقال: أنت عبدي، فقال: بل أنا حر الأصل - فالقول قوله، وأصل الناس على الحرية حتى تقوم بينة أو يقر برق، ويُكلف المدعي البينة: فإن جاء بها كان العبد رقيقًا [له][(٧)]، وإن لم يأت بالبينة أحلف[(٨)] له العبد: فإن حلف كان حرًّا، وإن نكل لم يلزمه الرق حتى يحلف المدعي على رقه، فيكون رقيقًا له، وهكذا الأمة مثل العبد سواء.

قلت: فلو كان النكول مع اليمين كالإقرار لم يثبت رقه؛ لأن الإقرار بالرق بعد الاعتراف بالحرية غير مقبول على الأصح، والله أعلم.

وقد بنى القاضي الحسين على القولين ما إذا أراد المدعى عليه إقامة بينة على الإبراء وأداء المال بعد حلف المدعي، فإن جعلناها كالبينة سمعت بينة المدعى عليه، وإن جعلناها كالإقرار فلا تسمع؛ كما لو أقر صريحًا، ثم أقام شاهدين. وهذا البناء مذكور في «الرافعي» - أيضًا - وبنى في «المهذب» عليها ما إذا ادعى [رجل][(٩)] على

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ، ص.
(٣) في ص، ع: أسكر.
(٤) في ج: اليمين المردودة.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: أو.
(٧) سقط في ج، د، ع.
(٨) في أ: حلف.
(٩) سقط في ص، ع.

المفلس بعد الحجر مالا، وأنكره ولم يحلف وحلف المدعي، فقال: إن قلنا: إن يمين الرد كالبينة، شارك الغرماء في المال، وإن قلنا: إنها كالإقرار، فعلى القولين في الإقرار، وكذا بني عليهما ما إذا ادعى إتيان زوجته امرأة، وقد تقدم، وللقولين فوائد مذكورة في الأبواب.

فرع: إذا شرع المدعي في اليمين، فقال المدعى عليه للقاضي: لا تحلفه، فأنا أعطي المدعى به إليه - قال القاضي الحسين في كتاب الدعاوى في موضعين منه: إن له أن يكمل اليمين حتى يأخذه على وجه الاستحقاق، لا على وجه التبرع.

قال: **وإن نكل صرفهما**؛ لأن الحق لا يثبت إلا بالإقرار أو ببينة[١]، وليس النكول واحدًا منهما، ولا معنى لمقامهما.

و[قد][٢] حكى القاضي أبو الطيب وغيره أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في هذه الصورة: يسأل المدعي عن إبانة، فإن قال: امتنعت لحساب بيني وبينه أريد أن أراجعه، أو: أريد أن أستفتي الفقهاء هل يجوز [لي][٣] أن أحلف أم لا؟ أجله الحاكم ثلاثًا لا يزيد عليها، وهذا بخلاف ما إذا امتنع المدعى عليه من اليمين، لا يسأل عن سبب امتناعه؛ لأنه إذا امتنع من اليمين ظهرت هناك يمين أخرى من جهة المدعي، توجب الحكم بها، فلو سألناه عن سبب امتناعه عن اليمين لم يعقب الحكم لنكوله؛ ولأن هناك ما يرجع إليه ويحكم به، وهو يمين المدعي، وليس كذلك امتناع المدعي عن اليمين.

قلت: وقضية هذا الفرق ألا يشرع عند نكول المدعى عليه تكرار العرض عليه، وقد حُكي [عن][٤] ابن القاص أنه قال: قياس ما ذكره الشافعي في امتناع المدعي: [أن يسأل المدعى][٥] عليه عن سبب الامتناع أيضًا.

وفي «أدب القضاء» للزبيلي أن ابن سريج قال: الاحتياط - أيضًا - أن يقال ذلك للمدعى عليه إذا نكل.

وقد حكى الإمام في كتاب الإقرار أن المدعي لو سكت، وقال: سأفكر[٦] وأراجع حسابي - أن بعض الأصحاب قال: يفصل القاضي الخصومة، ويكون امتناعه كامتناع

---

(١) في ص، ع: بالبينة.
(٢) سقط في ص، ع.
(٣) سقط في أ، ص، ع.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: سأفر أو.

المدعى عليه، ويقول للمدعي: استمهالك بعد الخوض[(١)] بالاختيار لا معنى له، وإذا كنت لا أعذر المدعى عليه في استمهاله، فأنت أولى بذلك من جهة أن المدعى عليه مرفوع [إلى][(٢)] مجلس القاضي قهرًا، وأنت تحضره مختارًا، فهلا كان فكرك قبل الحضور؟

وهذا متجه حسن، والذي عليه عامة الأصحاب المنع من الإلحاق؛ لما ذكرناه.

وفي «المهذب»: أنه لا يسأل المدعى عليه عند[(٣)] الامتناع، لكنه لو ابتدأ فقال: امتنعت لأنظر في الحساب؛ أُمهل ثلاثة أيام، [وقد حكاه في «التهذيب» وجهًا.

وفي «الحاوي» في باب الامتناع عن اليمين: أن المدعى عليه لا يسأل عن سبب النكول إلا أن يبتدئ فيقول: أنا متوقف عن اليمين؛ لأنظر في حسابي، فينظر ما قل من الزمان، ولا يبلغ إنظاره[(٤)] ثلاثة أيام][(٥)].

أما إذا [كان][(٦)] الحق لصبي أو مجنون أو سفيه، بأن كان المدعي وليًّا أو وصيًّا أو قيمًا، فهل له أن يحلف؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها القاضي الحسين والبغوي في باب الامتناع عن اليمين، والإمام في كتاب الصداق، ثالثها: إن باشر سبب ذلك بنفسه [فله الحلف][(٧)]، وإلا فلا.

قال الرافعي: وهذا ما رجحه أبو الحسن العبادي، وبه أجاب السرخسي في «الأمالي»، وهي تجري فيما إذا أقام شاهدًا وأراد أن يحلف معه، صرح بذلك البغوي والرافعي.

وإذا قلنا: لا يحلف، وهو الذي ذكره العراقيون وصاحب «الحاوي» في باب النكول ورد اليمين - قال القاضي والبغوي: فتوقف اليمين حتى يبلغ [الصبي][(٨)]، والسفيه يحلف: إنه[(٩)] يستحق عليه تسليم المال، ولا يقول: إليّ، ولا: إلى قيِّمي.

قال القاضي: وفي حال وقف اليمين إلى البلوغ ينزع المدعى به من يد المدعى عليه إن كان عينًا، وإن كان في الذمة؛ فوجهان في نزعه.

---

(١) في أ: الحرص.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ع: عن.
(٤) في أ، ع: انتظار.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ج: حلف.
(٨) سقط في أ.
(٩) زاد في أ: لا.

والحكم في قيم المسجد والوقف، كالحكم في قيم الصبي، [وسنذكره[١] في باب اليمين في الدعاوى بزيادة ذكرت ثم][٢].

قال: وإن قال المدعى عليه بعد النكول، أي: وما في معناه كما[٣] ذكرناه: أنا أحلف - لم يسمع؛ لأنه أسقط حقه [منها][٤] بالنكول.

وفي «التهذيب» حكاية وجه آخر صدر به كلامه: أن له أن يحلف بعد النكول ما لم يعرض القاضي اليمين على المدعي أو يحكم بالنكول، وقال فيما إذا هرب المدعى عليه قبل ذلك وبعد النكول: لم يكن[٥] للمدعى عليه الحلف إذا عاد. وقد حكاه الرافعي عن غيره، ثم قال: وقضية ذلك التسوية بين التصريح بالنكول و[بين][٦] السكوت؛[٧] حتى لا يمنع[٨] من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بأنه ناكل، أو بعد عرض اليمين على المدعي.

قلت: وهو قضية ما حكيته[٩] عن الماوردي من قبل، وقد صرح به الإمام في كتاب الإقرار، [ولم يحك سواه][١٠].

قال الرافعي: وقد يفهم من قول من قال: إنه لا حاجة عند التصريح بالنكول إلى حكم الحاكم - امتناع العود إلى الحلف عند التصريح بالنكول، و[إن][١١] لم يوجد حكم بالنكول ولا عرض يمين.

ثم حيث منعنا المدعى عليه من العود إلى اليمين؛ فذاك إذا لم يرض المدعي بيمينه، فلو رضي فوجهان، أظهرهما في «النهاية» و«الرافعي»: الجواز، وهو ما ادعى الإمام في كتاب الإقرار أنه قول الأصحاب عن آخرهم.

وعلى هذا: فعن «الرقم» - وهو في «تعليق» القاضي الحسين [أيضًا-: أنه][١٢] لو لم يحلف المدعى عليه لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد؛ لأنه أبطل حقه [حيث رضي][١٣] بيمين المدعى عليه.

---

(١) في ص: وسنذكر ذلك.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: مما.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ص، ع: وإن كان.
(٦) سقط في ص، ع.
(٧) زاد في ج، د: وعن السكوت.
(٨) في د، ص، ع: يمتنع.
(٩) في ج: ذكرته، وفي ص: حكيناه.
(١٠) سقط في أ، ع.
(١١) سقط في ج.
(١٢) سقط في أ، ص، ع.
(١٣) في أ: فرضي.

قال: وإن قال المدعي بعد النكول: **أنا أحلف، لم يسمع**؛ لما بيناه، **إلا أن [يعود]**[(١)] **في مجلس آخر ويدعي، وينكل**[(٢)] **المدعى عليه**؛ لتجدد الحق بتجدد الدعوى؛ فإن النكول الثاني سبب لرد اليمين كالنكول الأول، وهذا ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ وكذا[(٣)] الماوردي في باب الامتناع عن اليمين، لكنهم لم يشترطوا العود في مجلس آخر، وصاحب «البحر» والقاضي أبو سعد الهروي قالا: ما ذكره الشيخ هنا وفي «المهذب» وحكاه أيضًا الرافعي عن المحاملي في «التجريد»[(٤)]، وفي «الحاوي» في باب ما على القاضي في الخصوم: أن أظهر الوجهين: أنه لا يحكم على المدعي بالنكول، والثاني: يحكم عليه، وهو قول الإصطخري.

والذي حكاه المراوزة: أنه إذا نكل عن اليمين [كان كحلِف][(٥)] المدعى عليه، أي: فلا يتمكن من الدعوى عليه بذلك مرة أخرى؛ كما صرح به البغوي والإمام، وهو الذي يقتضيه كلام القاضي أبي الطيب؛ حيث قال في «تعليقه»: فإذا امتنع المدعي من اليمين سقط حقه، ويفرق الحاكم بينهما، ولا يكون له مطالبته بشيء من ذلك.

وفي «النهاية» في كتاب القسامة بعد ستة أوراق منه حكاية خلاف في أن المدعي إذا أظهر النكول عن يمين الرد، ثم رغب فيها، هل يحلفه أم لا؟ وقال: إن الضابط الذي تمس الحاجة إليه: أن كل نكول يتعلق به حق حالف بعد النكول، فذاك النكول إذا ظهر فلا عود من الناكل، وكل يمين لا يمين بعدها، فالنكول عنها هل يبطل حق الناكل؟ فيه خلاف، ونكوله يتحقق بأن يقول بعد عرض اليمين عليه: لا أحلف، [أو: أنا][(٦)] ناكل، أما إذا سكت فلم يحلف كان للقاضي أن يقضي[(٧)] عليه بالنكول إذا لم يستمهل، ويكون حكمه كما[(٨)] تقدم.

قلت: واستحباب تكرار العرض هاهنا يظهر تأكده على استحبابه في جانب المدعى عليه.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في التنبيه: فينكل.
(٣) في أ: وكذلك.
(٤) في ص: البحر.
(٥) في ج: كان يحلف.
(٦) في أ: وأنا.
(٧) في ج: يحكم.
(٨) في أ، ج، د: ما.

وعن بعض المراوزة: أنه لا يصير ناكلًا عن يمين الرد ما لم يصرح بالنكول، والمشهور: الأول، وعلى هذا فلو استمهل بأن[1] قال لما عرضت عليه اليمين: أمهلوني ريثما أطالع حسابي، أو: أستفتي، أو: أتثبت في أمري - أمهل، نص عليه، بخلاف ما لو عرضت اليمين على المدعى عليه؛ فإنه لا يمهل إذا استمهل على المذهب، كما تقدم، والفرق: أن المدعى عليه مطالب [محمول][2] على الإقرار أو[3] اليمين، وأما المدعي فليس محمولًا من جهة أحد، بل هو صاحب الحق: إن أراد أجَّله، وإن أراد قدمه.

ثم قال المراوزة: لا تزيد مدة إمهال المدعي على ثلاثة أيام، وهو[4] ظاهر النص الذي حكيناه من قبل.

وعن بعضهم: أنه لا ضبط لإمهاله بمدة، وسبيله في يمين الرد كسبيله في بيِّنة يقيمها متى وجدها، وهذا ما اقتضاه كلام البندنيجي وابن الصباغ؛ حيث قالا: إذا استمهل لم[5] يسقط حقه من اليمين، ومتى اختار اليمين حلف.

ولفظ البندنيجي: فأي وقت اختار حلف. وهو الذي يقتضيه إيراد[6] البغوي والمصنف وصاحب «الإشراف»، وقال الإمام: هذا يظهر على قولنا يمين الرد تنزل منزلة البينة.

وفي «البحر» في باب ما على القاضي في الخصوم في أواخره: أنا إذا عرضنا اليمين على المدعي [و][7] استمهل؛ لينظر في الحساب، فعاد في مجلس آخر فقال المدعى عليه: أنا أحلف الآن - فيه وجهان:

أحدهما: له ذلك؛ لأن المجلس الثاني لا ينبني على الأول في الأقوال وغيرها.

والثاني: ليس له ذلك، وعلى هذا: يجب[8] ألا يلزم استئناف الدعوى والرد في المجلس الثاني، وهذا ما أورده البغوي.

قال: وكذلك لو ثبت عند قاض آخر نكول خصمه، له أن يحلف المدعي، وكذا إذا

---

(١) في أ: أن.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ، د، ص، ع: و.
(٤) في أ: وهذا.
(٥) في ج: لا.
(٦) في أ، د، ص، ع: أورده.
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: يلزم.

كان المدعي وكيلًا، وقد نكل الخصم، فحضر الموكل - له[١] أن يحلف، ولا يحتاج إلى استئناف الدعوى.

ثم إذا منعنا المدعي من اليمين عند النكول ونحوه، أو مجاوزة مدة الإمهال، فذاك[٢] إذا أراد أن يحلف يمين الرد، أما إذا أراد أن يحلف يمينًا مع شاهد أقامه، فهل له ذلك؟ فيه قولان حكاهما الماوردي وغيره:

أصحهما في «التهذيب»: الجواز؛ لما سنذكره، وهو [ما حكاه في][٣] «المختصر» كما قال الماوردي.

وعند الغزالي: الأصح المنع، وهو ما حكاه في «الجامع الكبير» للمزني. كما قاله الماوردي، وادعى البندنيجي أنه الذي قاله الشافعي هاهنا؛ لأن اليمين في جنبته قد بطلت، وأن الشيخ أبا حامد قال: هي على قولين؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - [قال][٤]: إذا قتل له ولي، وهناك لوث معه، فإن لم يحلف حلف المدعى عليه، فلو نكل فهل ترد على المدعي أم لا؟ على قولين:

أحدهما: [ترد][٥]؛ لأنها غير التي نكل عنها.

والثاني: لا ترد؛ لأن اليمين كانت في جنبته، ولا فصل بين الصورتين.

ولأجل ما حكاه الشيخ أبو حامد من القولين في هذه الصورة حكى الإمام القولين - أيضًا - فيما إذا أقام المدعي شاهدًا، ونكل عن الحلف معه، وطلب يمين المدعى عليه، فإنه يحلف، فلو نكل اليمين فهل ترد على المدعي أم لا؟ وقد حكاهما المحاملي في باب الخيار في القصاص، والماوردي في باب الامتناع عن اليمين، فإن قلنا: لا يحلف، قال أبو حامد - وكذا ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب والقاضي الحسين في باب اليمين مع الشاهد-: يحبس المنكر بالشاهد حتى يحلف أو يعترف؛ لأنه قد تعين عليه ذلك؛ فلا يكون له إسقاطها[٦]، ويخالف هذا إذا امتنع المدعي من يمين الرد، وطلب حبس المدعى عليه[٧] حتى يحلف، لم يكن له؛ لأن الامتناع من جهته.

---

(١) في أ: فله.
(٢) في ج: فذلك.
(٣) في ع: كما قال في.
(٤) سقط في ع.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ج: إسقاطه.
(٧) زاد في ص: بحق.

قال صاحب «الحاوي» في باب ما على القاضي في الخصوم: وهذا خطأ؛ لأن الحبس على الحقوق يكون بعد [ثبوت استحقاقها][(١)]، ولم يثبت الحق بالشاهد. وهذا ما أبداه ابن الصباغ احتمالًا [لنفسه][(٢)] من وجه آخر، وهو أنا[(٣)] إذا جعلنا امتناعه عن يمينه مع شاهده[(٤)] كالممتنع عن اليمين المردودة، فينبغي ألا يحبس المدعى عليه ويطالب باليمين.

وحكى القاضي الحسين عن القفال أن له الحلف فيما نحن فيه قولا واحدًا؛ لأن هذه اليمين بخلاف تلك اليمين؛ فإن هناك يحتاج [إلى][(٥)] أن يقول: بالله، إن شاهدي لصادق فيما يقول، وهنا لا يحتاج لذلك. وهذا ما صححه في «البحر» و«الحاوي»، ويشهد لكون هذه اليمين غير الأولى: أن تلك لا تجري في كل حق، وهذه تجري في كل حق تسمع فيه الدعوى.

وقد تكلم الإمام في باب الامتناع من اليمين، في تصوير النكول عن اليمين مع الشاهد، فقال: إذا أقام الشاهد قال[(٦)] له القاضي: إن[(٧)] حلفت معه ثبت حقك، وإن لم تحلف ولم يحلف المدعى عليه؛ منعتك من إعادته إلى مجلس الحكم. ثم قال: وللمدعى عليه بعد إقامة [المدعي][(٨)] الشاهد أن يقول [للمدعي][(٩)]: حلفني، أو احلف وخلصني.

فرع[(١٠)]: لو قال المدعي بعد إنكار المدعى عليه وقوله: «مالك عندي شيء»: نعم- بطلت دعواه إن كان عالما بالعربية، وإن كان جاهلًا بها فوجهان، قال الماوردي: [كما ذكرنا][(١١)] في الإقرار.

قال[(١٢)]: وإن قال المدعي بعد العجز عن إقامة البينة: لي بينة، [سمعت بينته][(١٣)]، **أي: وإن حلف المدعى عليه أو نكل هو والمدعي عن اليمين؛ لقوله ﷺ:**

(١) في ج: ثبوتها.
(٢) سقط في أ، ص، ع.
(٣) في ع: ما.
(٤) في ع: الشاهد.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ص: وقال.
(٧) في ج: إذا.
(٨) سقط في ص، ع.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في أ: قال.
(١١) سقط في ص.
(١٢) في أ: فرع.
(١٣) سقط في أ.

«البَيِّنَةُ العَادِلَةُ خَيْرٌ مِنَ اليَمِيْنِ[(١)]»[(٢)]، ولأن البينة حجة كالإقرار، ولو أقر بعد حلفه أو نكول المدعي حكم عليه؛ فكذلك يكون حكم البينة، ولو كان المدعي قد قال: لا بينة لي، [فقد][(٣)] [قال][(٤)] القاضي أبو الطيب: ظاهر مذهب الشافعي السماع، واختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال به، وهو الأصح، وبه جزم القاضي الحسين [والإمام][(٥)] وصاحب «التهذيب»[(٦)]، وقال الماوردي في باب الامتناع من[(٧)] اليمين: إنه قول جمهور أصحاب الشافعي؛ كما لو قال: لا بينة لي حاضرة، ولأنه ربما [لم][(٨)] يعلم [بعد][(٩)] أن له بينة، وأيضا فقوله[(١٠)]: لا بينة لي، يحتمل أنه أراد: حاضرة.

ومنهم من قال: إن كان قد تولى هذه الشهادة بنفسه [لأنه تولى العقد بنفسه][(١١)]، ثم أنكرها وأقامها بعد ذلك - لم يسمع. وإن لم يكن تولاها، وتولاها وكيله ولم يعلم هو بها، أو كان وارثًا لم يعلم بالشهادة، ثم أقامها - سمعت.

و[قد][(١٢)] حكى الرافعي أن البغوي حكى الوجهين - أيضًا - وهما جاريان - كما حكاهما المراوزة - فيما إذا قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، وادعى الغزالي والرافعي أن الأظهر منهما السماع أيضًا، وبه جزم في «الإشراف»، ونسبه الماوردي في باب ما على القاضي في الخصوم - إلى الإصطخري، وقال: إن الأكثرين على مقابله. وتبعه في «البحر» وقال: إنه قيل: [إن][(١٣)] ما قاله الإصطخري ظاهر المذهب.

وبهذا يحصل في المسألة ثلاثة أوجه؛ كما حكاها في «المهذب»، وطردها فيما إذا قال: كل بينة تشهد لي فهي كاذبة، وصحح القبول مطلقا، وهو ما اختاره في «المرشد».

---

(١) زاد في أ، د، ص، ع: الفاجرة.
(٢) أخرجه ابن حبيب في الواضحة كما في الفتح لابن حجر (٥/ ٢٨٨) من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
(٣) سقط في أ، ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ع: المهذب.
(٧) في أ، ج، د، ع: عن.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ، ع.
(١٠) في ص، ع: فإن قوله.
(١١) سقط في ج.
(١٢) سقط في ص، ع.
(١٣) سقط في أ.

وفي «الحاوي» في باب الامتناع من اليمين حكاية وجه آخر في أصل المسألة: أنها لا تسمع مطلقا، وقال: [إنه لا وجه](١) [له](٢)؛ للفرق(٣) الذي(٤) ذكره صاحب الوجه الثاني؛ لأنه إن لم يجهل فعله في وقته فقد ينساه. ولا خلاف أنه لو قال بعد شهادة الشهود: بينتي كاذبة، أو: شهدوا بالزور - لا(٥) تقبل بينته، وهل تبطل دعواه؟ فيه وجهان، أصحهما: لا. ولو قال: بينتي فسقة أو عبيد، ثم أتى ببينة بعد ذلك في مدة يحصل في مثلها الاستبراء والعتق - قبلت، قاله البغوي وشيخه.

وفي(٦) «الإشراف» أنه لو قال: كل بينة لي بعد اليمين أو قبلها هي بينة زور أو كاذبة، ثم أقامها(٧) - قبلت على النص؛ لأنه يجوز ألا يعرفها أصلًا، وقال بعض أصحابنا: لا تقبل؛ لأنه سبق منه تكذيبها(٨).

قال: ونظيرها ما لو قال المشتري للبائع: بع دارك هذه مني بكذا فإنها ملكك، فاشتراها، [ثم](٩) قامت بينة على الاستحقاق - لم يرجع على البائع بالثمن على رأي ابن سريج، وفيه وجه: أنه يرجع؛ كما لو اشترى شراء مطلقًا، ونظيرها أيضًا ما إذا(١٠) قال: أودعتني(١١)، وأقام بينة أنها(١٢) هلكت قبل الجحود، وقد حكيناهما في باب المرابحة.

قال: فإن(١٣) **حضرت بينة**(١٤) **لم يطالب بإقامتها**؛ أي: وله طلب يمين الخصم؛ لأن له في ذلك غرضين:

[أحدهما: أنه](١٥) ربما ينزجر عن الحلف؛ فيقر(١٦) بالحق، ويستغني عن إقامة البينة.

والثاني: أنه إذا حلفه وأقام [عليه](١٧) البينة تبين كذبه.

---

(١) في أ: إن الأوجه.
(٢) سقط في أ، ص، ع.
(٣) في أ: الفرق.
(٤) في ع: والذي.
(٥) في أ، د، ص، ع: فلا.
(٦) في ص، ع: في.
(٧) في أ، د، ص، ع: فأقامها.
(٨) في ص، ع: تكذيبهما.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ص: لو.
(١١) في ص، ع: ما أودعتني.
(١٢) في أ: بأنها.
(١٣) في التنبيه: وإن.
(١٤) في التنبيه: البينة.
(١٥) سقط في أ.
(١٦) في ج: فيقرر.
(١٧) سقط في أ.

وفي «الحاوي» وجه آخر: أنه ليس له إحلافه؛ لأن مقصود المدعي إثبات الحق دون إسقاطه، ويمكن إثباته بالبينة، وقد نسبه الرافعي في كتاب الدعاوى إلى «فتاوى» القفال.

قال: **فإن شهدوا**؛ أي: بطلب المدعي، **فإن كانوا**[(١)] **فساقا**؛ أي: عند القاضي إما[(٢)] لعلمه بذلك أو لقيام البينة به - **قال للمدعي: زدني في الشهود**؛ تحسبا للرد.

ثم ظاهر كلام الشيخ يدل على أنه يصغي لسماع شهادتهم وإن علم فسقهم قبل الأداء، وقد يوجه بأنه لو منعهم من إقامة الشهادة لكان ذلك هتكًا للستر[(٣)]، وإذا تحملنا في الرد لأجل ذلك، فكذلك نتحمل في الإصغاء [لأجله][(٤)].

وقد جزم القاضي الحسين بأنه لا يصغي إليهم إذا تحقق فسقهم؛ لأنه إذا اشتغل بما لا يعنيه شغله عما يعنيه.

وقال الإمام في باب علم[(٥)] الحاكم بحال من قضى بشهادته بعد حكاية ذلك أيضًا: وقد قدمت من قبل ترددًا في ذلك، والقياس أنه لا يصغي إلى من يعلم أنه مردود؛ فالوجه أن يقدم النذير إلى من يريد الإقدام على الشهادة من هؤلاء؛ حتى لا يتعرضوا[(٦)]، فإن فعلوا فهم الذين هتكوا أستار أنفسهم.

ثم المسألة مصورة بما إذا كان الفاسق متكاتمًا، والقاضي لا يرى قبول شهادته، أما المعلن بالفسق فلا ينبغي أن يصغي إلى شهادته كالعبد، إلا أن يصح مذهب في قبول شهادة المعلن، ويرى القاضي أن يصغي ليقبل؛ فلا معترض عليه في مجتهد فيه. كذا قاله الإمام، وقال قبل باب الشهادة على الشهادة: إن الشيخ أبا محمد قطع بأنه لا يصغي إلى شهادة[(٧)] المعلن بالفسق، وإن بعض أصحابنا ذهب إلى أنه يصغي إليها، ثم يردها، قال[(٨)]: وهذا بعيد عن قياسنا. وهذا هو التردد الذي أشار إليه، وأصل هذا: أنه لا يصغي إلى شهادة الكافر والصبي والعبد إذا عرف حالهم جزمًا؛ كما ذكره القاضي الحسين وغيره، ويرشد إليه قول الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: وإذا شهد صبي أو نصراني أو عبد فلا يسمعها، واستماعه لها تكلف.

---

(١) في التنبيه: وكانوا.
(٢) في ص: لما.
(٣) في ج: لهم.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: حكم.
(٦) في أ: يترصعوا.
(٧) في أ، د، ص، ع: لشهادة.
(٨) في ص: وقال.

قال: وإن كانوا عدولا، وارتاب بهم؛ أي: لكونهم غير وافري العقول؛ كما قاله أبو الطيب والبندنيجي [وغيرهما][(١)]، أو لنظر له في الواقعة وخبال قد يدركه الفطن؛ كما قاله[(٢)] الإمام.

قال: استحب أن يفرقهم فيسألهم؛ أي: على الانفراد، كيف تحملوا؟ أي: [فيقول لهم: من تحمل منكم أولًا؟ وثانيًا؟ و[(٣)] متى تحملوا أي][(٤)]: فيقول: في أي شهر تحملتم؟ [وفي أي يوم؟ وفي أي ساعة؟ و[(٥)] في أي موضع تحملوا؟ أي: فيقول: في أي بلد تحملتم؟][(٦)] وفي أي دار، وفي أي مكان [منها][(٧)]؟ لأن مع قصور العقل وخبال النفس لا تطيب النفس بقولهم؛ فاستحب الاحتياط بالتفريق على هذا النحو؛ ليقوى به ظهور الحق عند التوافق.

قال الماوردي وابن الصباغ: وقد قيل: إن أول من فعل هذا دانيال النبي عليه السلام.

وقال القاضي أبو الطيب: إن الأصل فيه أن حاجب داود راود امرأة عن[(٨)] نفسها، فأبت عليه؛ فواطأ أربعة من الشهود أن يشهدوا عليها بأن كلبا أتاها، فشهدوا عند داود - عليه السلام - فأمر بإقامة الحد عليها، وبلغ ذلك سليمان - عليه السلام - قال الماوردي والروياني: وكان إذ ذاك يلعب مع الصبيان، فقال: لو كنت أنا لفرقتهم، وقال لأربعة من الصبيان: اشهدوا عندي على امرأة بأن كلبا أتاها، فشهدوا عنده بذلك، ففرقهم، فسأل كل واحد عن لون الكلب، فاختلفوا؛ فأسقط الشهادة، فبلغ ذلك داود، فاستدعى الشهود، وفرقهم، فاختلفوا؛ فأسقط شهادتهم[(٩)].

وقد اقتفى علي - كرم الله وجهه - هذا الأثر لما بلغه أن سبعة خرجوا، ففقد واحد منهم، فأتت زوجته إليه، فاستدعى الستة فسألهم عنه، فأنكروا، ففرقهم، وأقام كل واحد منهم عند سارية، ووكل به من يحفظه، واستدعى واحدًا منهم، فسأله، فأنكر، فقال: الله أكبر! فظن الباقون أنه قد اعترف، فاستدعاهم، فاعترفوا بقتله، فقال

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ع: قال.
(٣) في التنبيه: أو.
(٤) سقط في ص.
(٥) في التنبيه: أو.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ج، د، ص، ع: على.
(٩) في ج: الشهادة.

للأول: قد شهدوا عليك وأنا قاتلك؛ فاعترف؛ فقتلهم.

قال[(١)] الأصحاب: ولا يدع من سأله منهم أن يرجع إلى أصحابه قبل أن يسألهم؛ لاحتمال أن يعيد عليهم ما قاله فيوافقوه فيه.

قال: **فإن اتفقوا وعظهم وخوفهم بالله - تعالى - [أي][(٢)]: فيقول: شهادة الزور من أكبر الكبائر، وقد توعد الله - تعالى - عليها، [وروي][(٣)] أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ الطَّيْرَ لَتَخْفِقُ بِأَجْنِحَتِهَا بِمَا فِي حَوَاصِلِهَا مِنْ هَوْلِ [ذَلِكَ][(٤)] الْيَوْمِ، وَإِنَّ شَاهِدَ[(٥)] الزُّوْرِ لَا تَزُولُ قَدَمَاهُ حَتَّى يَتَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»، ورُوِيَ: «حَتَّى يُوْجِبَ النَّارَ»[(٦)]، ويقول لهم بعد ذلك: فإن صدقتم فاثبتوا، وإن كذبتم فغطوا رءوسكم وانصرفوا.

قال: فإن ثبتوا[(٧)]، **استحب أن يقول للمدعى عليه: شهد عليك فلان وفلان، وقد قبلت شهادتهما، وقد مكنتك من جرحهما**، أي: إن كان لا يعلم أن له الجرح؛ لأن في ذلك تنبيهًا له على حفظ حقه وانتفاء التهمة عنه، أما إذا علم أن له ذلك، قال في «المهذب» و«التهذيب» قبيل[(٨)] كتاب الدعاوى: فله أن يقول ذلك، وله أن يسكت.

قلت: ويظهر أن يجيء فيه ما حكيناه في قول القاضي للمدعي بعد إنكار الخصم: ألك بينة؟

قال: **فإن قال: لي بينة بالجرح، أمهل**[(٩)]؛ لأن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى [أبي][(١٠)] موسى: اجعل لمن ادعى حقًّا غائبًا - أمدًا ينتهي إليه.

قال: **ثلاثة أيام**، أي: فما دونها على حسب ما يراه؛ لأنها مدة قريبة.

قال: **وللمدعي ملازمته إلى أن يثبت الجرح**؛ لثبوت حقه في الظاهر.

---

(١) في ج: قالت.
(٢) سقط في ص، ع.
(٣) في أ، ص: روى.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: شهادة.
(٦) أخرجه بنحوه الحارث بن أبي أسامة كما في الزوائد (١/ ٥٢٢) برقم (٤٦٥)، وأبو يعلى (١٠/ ٣٩) برقم (٥٦٧٢)، والطبراني مختصرًا في التاريخ الكبير (١/ ٢٠٨) برقم (٦٥٦)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٢٢)، قال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٠/ ٣٣٦): «رواه أبو يعلى، والطبراني باختصار عنه إلا أنه قال: وتطرح ما في بطونها وليست عليها مظلمة فاتقة، وفي إسناده محمد بن الفرات وهو كذاب».
(٧) في ج، د، ع: تثبتوا، وفي التنبيه: ثبت.
(٨) في ج: قبل.
(٩) في التنبيه: وجب إمهاله.
(١٠) سقط في ص.

قال: فإن لم يأت بالجرح، أي: في المدة المضروبة له - كان للمدعي أن يطالب بالحق[١]؛ لتعين[٢] حقه وعدم المانع منه، قال ابن يونس: ويجب على القاضي الحكم.

وإن بقيت الريبة، وكذا[٣] لو روجعوا[٤] في بيان مكان التحمل وزمانه[٥]، فقالوا: لا يذكر المكان والزمان، ولكنا نتحقق ما شهدنا به - فليس للقاضي - والحالة هذه -أن يجبرهم على التعرض لذلك. ولكن لو بقيت ريبة القاضي وازداد ارتيابًا من إصرار الشهود على ما يراجعون فيه- قال الإمام: فللقاضي أن يبحث عن جهات أخر؛ فعساه أن يطلع على مطعن، فإن لم يمكن، تحتم[٦] عليه إمضاء القضاء، مع انطوائه على الريبة لقيام البينة العادلة.

وفي «تعليق» القاضي الحسين في باب الشهادة على الشهادة: أن الأولى أن يبين المدعي والشهود السبب في الدعوى والشهادة، فإن ارتاب القاضي بحال الشهود طلب منهم أن يبينوا[٧] السبب، فإن امتنعوا عنه فوقعت له ريبة بهم رد شهادتهم، وإن لم يقع له ريبة بامتناعهم عن ذكر السبب لم يجز له أن يرد شهادتهم.

أما إذا كان الشهود وافري العقول، فقهاء، حسنًا ظاهرهم[٨]، فلا يفرقهم؛ لأن في ذلك تهمة لهم وطعنا فيهم، وعليه يدل ما سنذكره من النص.

قال القاضي أبو الطيب: حكي أن رجلًا شهد عند أبي عمر القاضي ببيع بستان، فقال له: كم نخلة في البستان؟ فقال: لا أشك في أن القاضي أعلم بداره مني بالبستان، فقال: [له][٩]: نعم، فقال: [له][١٠]: كم جذعا في دارك؟! فسكت عنه وحكم بشهادته؛ لما ظهر له من وفور عقله وشدة تحصيله.

وروي أن رجلا شهد عند علي بن عيسى، فقال له: أين شهدت؟ فقال [له][١١]: في فضاء وسعني ووسع المشهود له والمشهود عليه، فقبل شهادته.

(١) في التنبيه: بالحكم.
(٢) في ع: للتعيين.
(٣) في ج: وكذلك.
(٤) في ج، أ، د، ص، ع: رجعوا.
(٥) في ص: ووقته.
(٦) في ص: انحتم.
(٧) في أ: يثبتوا.
(٨) في ع: مذهبهم.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ج.
(١١) سقط في أ.

وروي أن أم أبي عمرو بن العلاء شهدت عند القاضي سوار مع امرأة أخرى، فجعلت أم أبي عمرو تلقنها وتذكرها؛ فزجرها سوار، فقالت: ألم تسمع قول الله -تعالى-: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]؟! فخجل سوار.

ولو سألهم فلهم ألا يجيبوه ولا يزيدوا على أداء الشهادة، قاله الإمام.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أمورًا:

أحدها: استحباب التفريق - كما ذكر - لمن هو ثابت العدالة عنده؛ كما ذكره في «المهذب» أيضًا، والأصحاب من العراقيين لما حكوا قول الشافعي - رضي الله عنه - وأحب إذا لم يكن لهم شدة عقول أن يفرقهم، ثم يسأل كل واحد منهم على حدته عن[1] شهادته، واليوم الذي شهد فيه، والموضع ومن فيه؛ ليستدل على عورة إن كانت في شهادتهم، فإن جمعوا الحال الحسنة والعقل لم يفعل ذلك بهم. انتهى.

قالوا: هذا التفريق في حالة الجهل بعدالتهم قبل أن يبحث عنها؛ لأنهم إذا اختلفوا رد[2] شهادتهم، واستغنى عن البحث، وإن ثبتوا بعد التفريق والوعظ حينئذ يسأل.

وأطلقوا القول بأنهم إذا كانوا عدولًا أمضى شهادتهم، لكن ما ذكره الشيخ من التفريق ليس بعيدًا عن القياس، وعليه ينطبق إيراد الإمام [هنا][3]، وكذا في كتاب الإقرار؛ حيث قال: وليس ما ذكرناه من جواز الاستفصال [من القاضي][4] مردودًا إلى خيرته، ولكنه ينظر إلى حال الشاهدين: فإن رآهما[5] على عدالتهما[6] خبيرين[7] بشرائط الشهادة[8] [فطنين مستقلين][9]، فله ترك الاستفصال [حتما، وإن تمارى في أمرهما، فلابد من الاستفصال][10].

وقد تقع حالة تجب المباحثة فيها حتمًا، والاحتياط يقتضيها، ومن هذا القبيل -كما قال في كتاب الشهادات-: سماع شهادة العوام وإن كانوا عدولًا، يتعين الاستفصال

---

(١) في أ: على.
(٢) في أ: ردت.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ، د، ص، ع: رآه.
(٦) في أ، د، ص، ع: عدالته.
(٧) في أ، د، ص، ع: خبيرًا.
(٨) في ع: العدالة.
(٩) في أ، د، ص، ع: فطنًا مستقلًا.
(١٠) سقط في ج.

فيها، وليس الاستفصال مقصودًا في نفسه، وإنما الغرض [تبين][١] تَثَبُّتهم في الشهادة. وكذا قول صاحب «البحر» و«الحاوي»: إذا استقرت العدالة بالبحث، فإن تجددت فيها[٢] استرابة، أعاد[٣] البحث والكشف، وإلا فلا يعيده.

وقال القاضي الحسين: إن محل البحث إذا عرف القاضي عدالة الشهود، ثم طالت المدة واحتمل التغير. وعلى هذا يمكن حمل كلام الشيخ، [على أن لمنازع أن ينازع في إمكان حمل كلام الشيخ][٤] على ذلك.

الثاني: أنه يجوز أن يترك التفريق، ويحكم بشهادتهم؛ لأنه لما قال: إن التفريق مستحب، فهم منه أنه [لو تركه جاز][٥].

وقال الإمام في [كتاب][٦] «الإقرار» ما ذكرناه [أولًا][٧]، وقال هنا: إن هذا التفريق حتم، فلو ابتدر القضاء والإمضاء، [لم][٨] يمض قضاؤه؛ فإن حقه ألا يقضي إلا بعد بذل المجهود في [التبين وطلب][٩] غلبة الظن. وعليه ينطبق ما حكاه الجيلي: أن من أصحابنا من قال: يجب [عليه][١٠] البحث في أحوالهم؛ ليحصل [به][١١] غلبة الظن، سواء طلب الخصم ذلك منه أو لم يطلبه، وسواء كان ذلك في الحدود والقصاص أو الأموال.

الثالث: جواز إقامة الشهادة في حال غيبة المدعى عليه مع إمكان حضوره؛ لأنه قال: استحب أن يقول للمدعى عليه:[١٢] شهد عليك فلان [وفلان][١٣]، فلو كان المشهود عليه حاضرًا لم يكن لقوله ذلك معنى، وقد أشار إلى ذلك الشافعي - رضي الله عنه - بقوله في «المختصر»: فإن قَبِلَ الشهادة من غير محضر خصم فلا بأس.

وقال في «البحر»: إن الشافعي - رضي الله عنه - ذكر في «الأم» أن القاضي لا يقبل شهادة الشاهد إلا بمحضر من الخصم المشهود عليه، فإن قبلها بغير[١٤] محضره فلا بأس، ولا يختلف أصحابنا فيه.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ، د، ص، ع: فيه.
(٣) في ج: عاد.
(٤) سقط في أ، ص.
(٥) في ج: يجوز تركه.
(٦) سقط في أ، ص، ع.
(٧) سقط في أ، ص، ع.
(٨) سقط في ج.
(٩) في ج: التميز وطلبه.
(١٠) سقط في ص، ع.
(١١) سقط في أ.
(١٢) في أ، ج، د: قد شهد.
(١٣) سقط في ع.
(١٤) في ع: بعد.

نعم، اختلفوا في أنه إذا سمعها، هل يحكم عليه بها قبل حضوره أم لا؟ وسنذكره.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب: أن الشهادة هل تسمع في حال غيبة المشهود عليه، أم يحتاج [أن يحضره](١) ولا يسمعها إلا بحضرته؟ فيه وجهان يأتيان في الكتاب:

أحدهما: يسمعها؛ لأنه غائب عن مجلس الحكم؛ فهو كما لو كان غائبًا عن البلد، وهذا ما نقله الربيع.

قال في «الإشراف» - وهو في كتاب العيون-: فإنه قال: وأحب أن يحضره [، فإن [لم](٢) يحضره](٣) وسمع البينة جاز سماعها، ولا يحكم حتى يحضره(٤).

والثاني: لا يسمعها؛ لأنه لا مشقة في إحضاره؛ فلا معنى لسماع البينة في غيبته.

قال في «الذخائر»: وهذا هو المذهب. وسنذكره عن غيره من بعد.

قلت: وعلى هذا فيمكن حمل النص على حالة الغيبة عن البلد، وكلام الشيخ على ما إذا كان من شهد عليه لا يعرف أن له جرح البينة، وقد حكى الوجهين الروياني -أيضًا- عن القفال.

[ثم](٥) قال: والصحيح ما ذكرناه، وهو أنه لا خلاف [في جواز سماع البينة.

فرع(٦): إذا استفصل القاضي، هل يتعين على الشاهد التفصيل؟ فيه وجهان في «النهاية» في كتاب الإقرار(٧)، ولا خلاف](٨) أنه لا يجب على الشاهد تفصيل الزمان والمكان، وإن استفصل القاضي، والفرق: أن الجهل بالشرائط يقدح، والجهل بالزمان والمكان لا يقدح.

قال: وإن كان الشهود مجاهيل، أي: للقاضي، فإن جهل إسلامهم رجع فيه إلى قولهم(٩)؛ لأن الكافر يملك إنشاء الإسلام؛ فكذلك الإقرار به، كذا قاله في «التهذيب».

---

(١) في ج: إلى حضوره.
(٢) سقط في ج، د.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ، ج، د: يخبره.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: وقبل.
(٧) زاد في أ، ع: قال.
(٨) سقط في ص.
(٩) في ع: أقوالهم.

وحكى صاحب «الحاوي» في كتاب الشهادات وجهًا: أنه لا يقنع بقوله: إني مسلم، حتى يختبر بالإتيان بالشهادتين. وهذا قد يشهد له ما رُوِيَ أَنَّ أَعْرَابِيًّا شَهِدَ عِنْدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ عَلَى رُؤْيَةِ هِلَالِ رَمَضَانَ، فَقَالَ: أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللهُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: أَتَشْهَدُ أَنِّي رَسُولُ [اللهِ؟ قَالَ][1]: نَعَمْ. فَأَمَرَ النَّاسَ بِالصِّيَامِ»[2].

قال الأصحاب: ولا[3] يعمل في الإسلام بظاهر الدار من غير سؤال، بخلاف اللقيط؛ لأن هذا يتعلق به إيجاب حق على غيره؛ فاحتيط فيه.

وفي «الحاوي» في [كتاب][4] الشهادات حكاية وجه آخر: أنه إذا شوهد في دار الإسلام على قديم العهد وحديثه، يحكم بإسلامه في الظاهر والباطن، ولا يسأل.

قال: **وإن جهل حريتهم**، أي: وادعوها، **لم تقبل[5] إلا ببينة**؛ لأن العبد لا يملك الحرية فلا يقبل قوله فيها. وقيل[6]: يرجع فيها إليهم أيضًا؛ كالإسلام.

قال في «المهذب»: وهو ظاهر النص، أي: المنقول في كتاب الشهادات؛ فإنه قال [فيه][7]: ولا يقبل الشاهد[8] حتى يثبت عنده بخبر منه أو ببينة أنه حر، ووجهه: أن الظاهر من الدار حرية أهلها؛ كما أن الظاهر من الدار [إسلام أهلها][9].

والأول أظهر في «المهذب» و«الحاوي» وغيرهما.

قال في «الحاوي»: وقد اختلف أصحابنا في مراد الشافعي بقوله: ولا يقبل الشاهد... إلى[10] آخره، على وجهين:

أحدهما: لا يسمع الشهادة حتى يعلم حرية الشاهد وإسلامه فيسمعها، ثم يسأل عن[11] العدالة؛ لظهور الحرية والإسلام وخفاء العدالة.

والثاني: لا يحكم بها حتى يعلم حريته وإسلامه، [ويجوز أن يسمع قبل العلم بحريته وإسلامه][12].

قال: **وإن جهل عدالتهم**، أي: وكانوا وافري العقول، **سأل**[13]، أي: على وجه

---

(١) في ج: فقال.
(٢) تقدم.
(٣) في ص، ع: ولأنه
(٤) سقط في أ، ص.
(٥) في التنبيه: يقبل.
(٦) في ج: وبما.
(٧) سقط في ج.
(٨) في أ: الشهادة.
(٩) في ج: الإسلام.
(١٠) في ص: عن.
(١١) زاد في ع: حال.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) زاد في ص: الحاكم.

الوجوب - كما قاله الماوردي والإمام - عن اسم كل واحد منهم[(١)]، **وعن كنيته وعن صنعته وسوقه ومصلاه**؛ حتى لا يشتبه بغيره على من يذكر له.

قال الأصحاب: ويرفع في نسبه[(٢)] إن لم يكف ذكر الاسم والكنية في تعريفه، ويستقصي حِلاه؛ كما قال الشافعي، رضي الله عنه.

قال: واسم المشهود له، أي: وحليته وصنعته، ونحو ذلك كما تقدم؛ كما صرح به القاضي الحسين، ووجهه[(٣)]: الاحتراز عن أن يكون ممن لا تقبل شهادة [الشاهد][(٤)] له؛ لقرابة أو غيرها.

قال: **والمشهود عليه**، أي: بالصفات السابقة تحرزًا من أن يكون الشهود أعداءه.

[قال][(٥)]: **وقدر الدين**؛ لأن من الشهود من يقبل قوله في القليل دون الكثير، وهذا نصه في «المختصر»، وحكاه الإمام عن بعض الأصحاب، وبه جزم في «الإبانة»، وقال الإمام: إنه غير سديد، وإن الذي ذهب إليه معظم الأئمة أن ذكر المال احتياط وليس[(٦)] باشتراط؛ فإن التعديل عندنا في اليسير والكثير على نسق واحد. وقد حكى صاحب «المرشد» هذا عن شيخه أبي علي وصححه.

قال: **وكتب ذلك في رقاع، ودفعها**[(٧)] **إلى أصحاب المسائل**، أي: في السر، لكل شخص رقعة ليسألوا عن ذلك.

قال الماوردي: وكيفية سؤالهم؟ أن يبدءوا بالسؤال عن أحوال الشهود، فإن وجدوهم مجروحين لم يسألوا عن غيرهم، وإن عدلوا سألوا عمن شهدوا له: فإن ذكروا أن بينه وبينهم ما يمنع من شهادتهم له لم يسألوا عما عداه، وإن ذكروا جواز شهادتهم له سألوا عن المشهود[(٨)] عليه: فإن ذكروا ما يمنع من شهادتهم عليه لم يسألوا عما عداه، وإن ذكروا جواز شهادتهم عليه ذكروا حينئذ القدر الذي [شهدوا به][(٩)].

قال: **وعلى أصحاب المسائل أن يشهدوا بما عرفوه من هذه الأحوال الأربعة**

---

(١) زاد في ص، ع: أي منهم، وفي أ: أي سنة.
(٢) زاد في ص، ع: أي.
(٣) في أ، د: وجه.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ع.
(٦) زاد في أ: باجتهاد.
(٧) في التنبيه: ويدفعها.
(٨) في ج: الشهود.
(٩) في ص: شهد فيه، وفي أ، ع: شهدوا فيه.

إن[١] اجتمعت أو افترقت؛ فإن لكل واحدة منهن حكمًا في غير هذه القضية، وإن لزم اعتبارها جميعا[٢] في هذه [القضية][٣].

وهذا من الماوردي صريح في إيجاب البحث على[٤] هذه الصفة، وعليه ينطبق قول الفوراني: يشترط أن يذكر المال والمشهود له و[المشهود][٥] عليه إذا استزكى الشهود؛ لأن ذلك يختلف. وكذلك قول الإمام، لكنه قال بعد قوله: «أما المدعي فلا بد من إعلامه»: وأما المدعى عليه فقد يدرك [المزكي بينه وبين الشهود][٦] عداوة أو لددًا في خصومة يوجب مثلها رد الشهادة، فإن لم يقع التعرض لما ذكرناه فالتعديل في الشهود يثبت، ولكن يبقى على القاضي نظر فيما وراء التعديل.

قال: ولا يعلم بعضهم بعضًا[٧]؛ خشية من التواطؤ.

قال: وأقلهم اثنان، وقيل: يجوز واحد.

هذا الخلاف ينبني على أن الجرح والتعديل يقع بقول أصحاب المسائل أو بقول المسئولين من الأصدقاء والجيران، وفيه خلاف بين الأصحاب:

فالذي ذهب إليه الإصطخري والأكثرون كما قاله الماوردي، والبندنيجي، وصححه القاضي أبو الطيب وغيره - الأول، وهو ظاهر النص في «المختصر»؛ فإنه قال: ولا يقبل المسألة عنه ولا تعديله ولا جرحه إلا من اثنين؛ فعلى هذا: يكون أقلهم اثنان؛ لأن الجرح والتعديل لا يثبت بدونهما.

وقال أبو إسحاق المروزي بالثاني؛ لأن أصحاب المسائل يخبرون عن غيرهم[٨] فهم شهود فرع، وشاهد الفرع لا تقبل شهادته مع حضور الأصل وارتفاع العذر؛ فيكون أصحاب المسائل مخبرين للقاضي بمن يزكي أو يجرح، فعلى هذا يكتفي بالواحد كما في سائر الأخبار، ويعتبر في المسئولين العدد؛ لأن الجرح والتعديل يقع بقولهم وشهادتهم عند القاضي، وعليه حمل النص.

ومن قال بالأول قال العذر ثابت هاهنا؛ فإنه لا يجب على المعدل [أو الجارح][٩] أن يحضر عند الحاكم لتزكية من يسأل عنه أو جرحه، وليس على الحاكم - أيضًا -

---

(١) في أ: وإن.
(٢) في أ، ج، د: جميعها.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ع: عن.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: بين المزكي وبين المشهود عليه.
(٧) في التنبيه: ببعض.
(٨) في ج: بعضهم.
(٩) في أ: والجارح.

أن يحضر إليه ليسأله؛ فصار ذلك عذرًا كالمرض والغيبة. كذا حكاه ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب عنهم، قالوا: وما ذكر[(١)] من حمل النص على المزكين فغير صحيح؛ لأنه[(٢)] قال: و[(٣)] يخفى من كل واحد ما دفعه على الآخر. وهذا إنما يكون في أصحاب المسائل دون المزكين.

قال الأصحاب: ويتفرع على الخلاف - أيضًا - مسألتان:

إحداهما: أنه هل يشترط [أن يكون إخبار أصحاب المسائل للقاضي بلفظ الشهادة أم لا؟

فعلى رأي الإصطخري: يشترط][(٤)] وإن كان لا يشترط لفظ الشهادة من المسئولين عند أصحاب المسائل.

وقال الإمام[(٥)]: إن صاحب «التقريب» ذكر على [قياس][(٦)] مذهب الإصطخري وجهين في اشتراط لفظ الشهادة من أصحاب المسائل.

[وعلى رأي[(٧)] أبي إسحاق: لا يشترط الإتيان بلفظ الشهادة من أصحاب المسائل][(٨)]، ويشترط من المسئولين عند القاضي.

الثانية: على رأي الإصطخري لا بد أن يشهد اثنان من أصحاب المسائل على كل واحد[(٩)] من المخبرين بالتعديل أو الجرح من الجيران وغيرهم[(١٠)]؛ لأنها شهادة فرع، كذا حكاه مجلي عن الغزالي، وهو قياس ما حكيناه من التعليل عنه، وعلى هذا يكون قول الشيخ: «وأقلهم اثنان»، محمولًا على ما إذا شهدا[(١١)] على كل واحد من المسئولين[(١٢)] إذا قلنا: يكفي ذلك، وكلام الماوردي يقتضي خلافه؛ لأنه قال: لو شهد شاهدان من أصحاب المسائل أو [من][(١٣)] الجيران - على حسب اختلاف الوجهين- بتعديل أحد [شاهدي الأصل] جاز أن يشهدا بتعديل الآخر قولًا واحدًا، وإن كان في الشهادة على الشهادة قولان، والفرق أن في الشهادة على الشهادة هما

---

(١) في ج: ذكره.
(٢) في ج: فإنه.
(٣) زاد في ص: لا.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ع: الإصطخري للإمام.
(٦) سقط في ع.
(٧) في ع: قول.
(٨) سقط في أ، ص.
(٩) في ع: أحد.
(١٠) في ج: أو غيرهم.
(١١) في أ: شهدوا.
(١٢) زاد في أ، د، ص، ع: من الجيران.
(١٣) سقط في ص.

فرع الأصل، وفي التزكية هما شاهدان على الأصل، وعلى هذا ينطبق قول البندنيجي وغيره: إذا رجع أصحاب مسائله، فإن عدلاه حكم، وإن جرحاه وقف. ولم يفصلوا، وجزم في «المهذب» على قول الإصطخري بأنه يكفي أن يخبر الشاهدين[١] من أصحاب المسائل واحد[٢] إذا وقع في نفوسهما صدقه، وهو مأخوذ مما في «الحاوي»؛ لأنه قال: ولا يشترط على هذا في المسئولين العدد؛ بل المعتبر أن يقع في نفوس أصحاب المسائل صدق المخبر فيما ذكره من تعديل أو جرح؛ فربما وقع في نفسه صدق الواحد، فجاز أن يقتصر عليه، وربما ارتاب في الاثنين، فيلزمه أن يشترط.

قال مجلي: وهذا فيه بعد؛ إذ كيف [يثبت التعديل][٣] والجرح بقول واحد، وعلى هذا ينطبق قول القاضي أبي الطيب: إنه لا خلاف في اشتراط العدد في التزكية. وعلى [هذا][٤] رأي أبي إسحاق: لا يشترط العدد في الإخبار.

قال القاضي أبو الطيب: ومحل الخلاف بين الإصطخري وأبي إسحاق في أصل المسألة إذا كان الحاكم قد بعث أصحاب المسائل إلى أقوام[٥] معينين يسألونهم عنهم، فلو فوض إليهم السؤال عنهم من غير أن يعين المسئولين فلا بد من اثنين من أصحاب المسائل يشهدان [عند الحاكم][٦] بما ثبت عندهما من الجرح أو التعديل بقول[٧] اثنين من المسئولين، وتكون شهادة أنفسهم، وتبعه ابن الصباغ [في ذلك][٨].

وقال القاضي: إن هذا مما لا خلاف فيه بين أصحابنا، وكذا محله إذا لم يكن الحاكم قد نصب واحدًا منهم حاكمًا في الجرح والتعديل، أما إذا كان قد نصبه لذلك جاز، وعليه أن يراجع من رآه أهلًا للمراجعة في التزكية والجرح، ويصغي [إلى الشهادة][٩] في هذا المقتضي، ويحكم بعد بذل الوسع في الاحتياط.

ولا يجوز [أن][١٠] يحكم في التزكية باجتهاده؛ لأن ذلك يرجع إلى رد شهادة

(١) في أ، د، ص، ع: الشاهدان.
(٢) في جميع النسخ: واحدًا.
(٣) في ص: للتعديل.
(٤) سقط في أ، ص، ع.
(٥) في أ، ص: قوم.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ص: بحضور.
(٨) سقط في ع.
(٩) في ص للشهادة.
(١٠) سقط في أ.

مزكين إلى واحد، وذلك غير محتمل فيما [يشترط فيه][(١)] العدد، كذا[(٢)] أبداه الإمام في كتاب القسمة وسنذكره ثَمَّ لغرض لنا.

وإذا ثبت عنده الجرح أو التعديل قبل قوله فيه وحده فإنه حاكم، وقول الحاكم مسموع في استمرار ولايته، كذا قاله الإمام.

قال: فإن[(٣)] **عادوا بالتعديل أمر من عدلهم في السر،** أي: من أصحاب المسائل [أو المسئولين][(٤)] على اختلاف الوجهين، أن يعدلهم في العلانية[(٥)] **كما عدلهم سرًّا؛** لأن ذلك أبعد عن التهمة، وفيه ترغيب للناس في حسن الذكر وجميل الثناء، واحتياط للشهادة؛ فإنه ربما كان عند بعض الناس من جرحه ما يخفى على غيره، ولأن الأسماء والأنساب والحلي قد تشتبه.

وقد أشار إلى هذه العلة الشافعي -رضي الله عنه- بقوله: فإذا عدل سأله تعديله علانية؛ ليعلم أن المعدل سرًّا هو هذا؛ لئلا يوافق اسمٌ اسمًا، ونسبٌ نسبًا، وذكر القفال في ذلك معنى آخر فقال: ربما يسمى[(٦)] الشاهد باسم عدلٍ، فيقول المسئول عنه: هو عدل. [قال][(٧)]: وقد شهد عند قاضي مرو رجل وتسمى باسم عدل، فسأل القاضي الشيخ الخضري عنه؛ لأنه كان مزكيًا، فقال: هو عدل. وكان الشاهد قد زوّر اسمه، فالتعديل علانية يدفع هذا المحذور، لكن هذا بطريق الوجوب أو الاستحباب؟

أطلق القاضي أبو الطيب - وتبعه ابن الصباغ - القول بأنه على وجه الاحتياط، فإن تركه فلا بأس؛ لأن العدالة حصلت بالتزكية، وعلى ذلك جرى في «الوسيط».

وقال في «الحاوي»: هذا[(٨)] إذا كان المعدل مشهورًا في الناس بالتميز عن غيره في الاسم والنسب. وقال فيما إذا كان غير مشهور وجاز أن يشتبه [في][(٩)] الاسم والنسب: بأنه على وجه الوجوب؛ لما ذكرناه. ثم حكى [أن][(١٠)] ابن أبي هريرة حمله على الاستحباب تأكيدًا؛ اعتبارًا بالظاهر، وقال: إن الأول أصح.

وقد جمع في «البحر» بين الحالتين، وحكى فيهما ثلاثة أوجه، ثالثها: إن كان

---

(١) في ج: يرجع إلي.
(٢) في ص، ع: وكذا.
(٣) في ع: وإن.
(٤) في ج: والمسئولين.
(٥) في التنبيه: علانية.
(٦) في ج: سمي.
(٧) سقط في ع.
(٨) في أ، ج، د: بهذا.
(٩) سقط في أ، ص، ع.
(١٠) سقط في ع.

مشهورًا بين الناس بما يتميز [به][(١)] عن غيره، فلا[(٢)] يحتاج إلى الإعادة وجوبًا، ولكنه يستحب، ويجب في[(٣)] المجهول غير المشهور. وقال: إنه أصح.

وكلام الإمام مصرح بأنه إذا لم يمكن تحصيل الغرض في الغيبة فلا بد من الإعلان.

ثم اعلم أن ظاهر كلام الشيخ والشافعي -رضي الله عنهما- يقتضي إعادة التزكية، وقد صرح أبو الطيب والماوردي والبندنيجي وغيرهم بأن المراد من التعديل علانية: أن يجمع بين المزكي والمعدلين، ويقول للمزكي: هؤلاء هم الذين سألت عنهم وزكيتهم، فيقول: نعم، أو نحوه.

قال القاضي الحسين: ويشترط في التزكية سؤال الحاكم عنها، فلو عدل المزكي من غير سؤال فالقاضي لا يصغي لقوله؛ لأن التعديل حسبة لا يسمع.

وفي هذه الحالة -أعني حالة العود[(٤)] بالتعديل[(٥)]- يسوغ للحاكم الحكم إذا لم يتحقق عنده الجرح، وينبغي أن يعرف المشهود عليه ثبوت[(٦)] الحق بتعديلهم، فإن زعم أنه يمكنه[(٧)] جرحهم كان [الأمر][(٨)] كما تقدم في الكتاب من قبل، ولو تحقق عنده الجرح بالتسامع، قال الإمام: فالرأي الذي يجب القطع [به][(٩)] أنه[(١٠)] لا يقضي بالشهادة؛ لأن ما تحققه بالتسامع أقل مراتبه أن يقتضي[(١١)] وقفًا، والقاضي قد يتوقف لريبة كما ذكرنا.

ولا يسوغ للحاكم عندنا بمجرد شهادة المجهولين أن يحكم بما شهدوا به قبل البحث، سواء كان المشهود به حدًّا أو مالًا، وطلب المشهود عليه البحث عن عدالتهم أو سكت؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والمجهول غير مرضي[(١٢)] ما لم يبحث عن عدالته الباطنة، وقد روى سلمان [عن حريث][(١٣)]: «أَنَّ رَجُلًا شَهِدَ عِنْدَ عُمَرَ، فَقَالَ: إِنِّي لَسْتُ أَعْرِفُكَ، وَلَا

(١) سقط في ص، ع.
(٢) في أ، جـ، د، ع: لا.
(٣) في أ: على.
(٤) في ع: التفرد.
(٥) في ص: التعديل.
(٦) في ص: بثبوت.
(٧) في ع: يمكن.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في جـ.
(١٠) في أ: أن.
(١١) في ص، ع: يقضي.
(١٢) في ص: مرتضي.
(١٣) في ع: ابن حرب.

يَضُرُّكَ أَنِّي لَا أَعْرِفُكَ فَأْتِنِي بِمَنْ يَعْرِفُكَ، فَقَالَ رَجُلٌ: أَنَا أَعْرِفُهُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ: بِأَيِّ شَيْءٍ تَعْرِفُهُ؟ فَقَالَ: بِالْعَدَالَةِ وَالفَضْلِ. فَقَالَ: هُوَ جَارُكَ الأَدْنَى تَعْرِفُ لَيْلَهُ وَنَهَارَهُ وَمَدْخَلَهُ وَمَخْرَجَهُ؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَعَامَلَكَ بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمِ اللَّذَيْنِ يُسْتَدَلُّ بِهِمَا عَلَى الوَرَعِ؟ قَالَ: لَا، قَالَ: فَصَاحَبَكَ فِي السَّفَرِ الَّذِي يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى مَكَارِمِ الأَخْلَاقِ؟ قَالَ: لَا. قَالَ: فَلَسْتَ تَعْرِفُهُ. ثُمَّ قَالَ لِلرَّجُلِ: ائْتِنِي بِمَنْ يَعْرِفُكَ»(١)؛ فدل هذا من قوله وفعله على وجوب البحث.

ولأن الخصم - وهو(٢) أبو حنيفة - قد وافقنا على أنه لا يحكم في الحدود قبل البحث، وكذا في الأموال عند طلب الخصم، فيقول: إن كل عدالة شرطت في الشهادة لم يجز الحكم بها مع الجهالة؛ كالشهادة على الحدود. نعم، لو اعترف [الخصم](٣) المشهود عليه بعدالة الشهود، وقال: إنهم زكوا(٤) في هذه الواقعة - فهل يحكم عليه قبل البحث؟ فيه وجهان، حكاهما المراوزة كذا، وحكاهما العراقيون فيما إذا قال: هم عدول، وإن لم يذكر أنهم زكوا:

أحدهما: يحكم؛ لأن ذلك معتبر لحقه(٥)؛ فسقط باعترافه.

والثاني: لا يحكم، وهو المختار في «المرشد»؛ لأن الحكم بشهادتهم حكم بتعديلهم(٦)، وذلك لا يجوز بقول الواحد، كذا قاله الماوردي، وتبعه في «المهذب»، ثم قال: ولأن اعتبار العدالة في الشاهد حق لله - تعالى - ولهذا لو رضي المشهود عليه بشهادة الفاسق لم يجز للحاكم أن يحكم بشهادته.

وقد بان لك من التعليل الثاني أن محل الوجهين إذا جهل الحاكم فسقهم؛ فلو علمه لم يحكم بلا خلاف، وبه صرح الإمام.

فرع: إذا عدل الشاهد في شهادته(٧)، ثم شهد مرة أخرى فهل يجب إعادة استزكائه؟ قال الأصحاب: إن قصرت المدة فلا، وحكى القاضي الحسين عن الثقفي [من أصحابنا](٨) أنه يحتاج إلى البحث وتجديد المسألة؛ لاحتمال أن يكون بينه وبين

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٢٥) كتاب آداب القاضي، باب: باب من يرجع إليه في السؤال، يجب أن تكون معرفته باطنة متقادمة.

(٢) في أ: هو.

(٣) سقط في أ، ص، د.

(٤) في ص: غلطوا.

(٥) في أ، ع: بحقه.

(٦) في ع: بعدالتهم

(٧) في أ، ج، د، ص: شهادة.

(٨) سقط في أ، ص، ع.

الثاني قرابة أو عداوة [أو نحوهما][(١)]. وإن طالت والقاضي غير خبير بحاله في المدة المتخللة[(٢)] فهل يجب؟ فيه وجهان ذكرهما العراقيون، واختار في «المرشد» عدم الوجوب، وقال الإمام: إن الذي مال إليه الجمهور الوجوب؛ لأن الأحوال تتحول والإنسان عرضة للتغير[(٣)] والحدثان، وفي «البحر» نسبة هذا القول لأبي إسحاق، وهو الذي جزم به في «الإبانة».

قيل: وهذا القائل يقول: ينبغي ألا يغفل القاضي المسألة عن صفة الشهود الذين يتناوبون مجلسه للشهادة، وعلى هذا لو ترك البحث عمن تثبت عدالته ثلاثة أيام كان ذلك محتملًا، [كذا نقل عن العراقيين][(٤)].

قال الإمام: وفحوى كلامهم إيجاب البحث وراء ثلاثة أيام، ولست أرى أن يتقدر بذلك، ولكن المرجع في قرب الزمان وبُعده إلى العرف الغالب، وكل مدة يتوقع في مثلها تغاير طارئة؛ فإذا خلت عن المسألة فلا بد من تجديد البحث بعد هذه المدة عنه، والمرجع إلى ما يغلب على ظن القاضي.

وفي «البحر» أن في «الحاوي» أن بعض أصحابنا قال: يسأل عنه [بعد][(٥)] كل ستة أشهر. ثم قال: وهذا ليس بمذهبنا، والمذهب: أنه يوقف على اجتهاد القاضي ورأيه، والذي رأيته في «الحاوي» نسبة القول بتقدير المدة بستة أشهر إلى بعض الفقهاء؛ كما هو في «الشامل» وغيره.

فرع[(٦)]: من عدل في القليل، هل يعدل في الكثير؟ فيه وجهان في «البحر» في باب ما على القاضي في الخصوم، أحدهما: لا؛ لأن القضاء بالشهادة بطريق غلبة الظن على الصدق، ولا يسكن القلب بقول الإنسان في الكثير دون القليل.

قلت: وهذا يؤخذ من قول الشافعي -رضي الله عنه-: إنه يكتب في رقاع أصحاب المسائل قدر الدين.

قال الروياني: وفائدة الوجهين أن الشاهد بالقليل إذا عدله عدلان، وصح ذلك، ثم شهد في الحال، هل يلزم السؤال عن حاله ثانيًا على هذين الوجهين؟

قلت: ويفارق هذان الوجهان ما حكاه ابن أبي الدم فيما إذا شهد بحق، فزكاه اثنان

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ع: المحتملة.
(٣) في أ، ج، د: التغاير، وفي ع: للتغاير.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ: قلت

في تلك الشهادة خاصة، هل يسمع؟ [فيه][(١)] وجهان، وقال: إن المذهب المشهور منهما عدم القبول، وإن العمل في بعض الأمصار على القبول للحاجة.

قال: ويكفي في التعديل أن يقول: هو عدل؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، فأطلق[(٢)] العدالة، وإذا شهد أنه عدل فقد أثبت العدالة التي اقتضاها لفظ القرآن، وهذا ما نص عليه في «حرملة» كما نقله أبو الطيب، واختاره الإصطخري وأبو علي الطبري في «الإفصاح»، وكذا القفال كما قاله في «البحر» والقاضي الحسين وصاحب «المرشد»، وحملوا قول الشافعي -رضي الله عنه- في «المختصر»: ولا يقبل التعديل إلا أن يقول: [هو عدل][(٣)] عليَّ ولي، على التأكيد والاستحباب؛ لأن الشهادة بالتعديل تقتضي الحكم بها عليه وله.

وفي «البحر» أن الذي نص عليه في «حرملة» أنه إذا قال: هو عدل مرضي، كفى في التعديل.

ويقرب منه ما حكاه الماوردي عن بعض البصريين أنه شرط في القبول أن يقول: [عدل مرضي؛ لأن التعديل سلام، والرضا كمال.

و[قد][(٤)] صحح في «الإشراف» ما حكيناه عن رواية صاحب «البحر» عن حرملة، بعد أن حكى أنه نص في «حرملة» على أنه يقول]: هو جائز الشهادة، وقيل: لا يجوز حتى يقول: هو عدل علي ولي؛ عملًا بظاهر النص في «المختصر»، وقد نص عليه في «الأم» كما قاله الروياني، ووجهه: أن قوله: هو عدل، لا يثبت العدالة على الإطلاق؛ لأنه يجوز أن يكون [عدلًا في شيء دون شيء كما إذا وصفه بأنه صادق، واحتمل أن يكون][(٥)] صادقًا في شيء دون شيء، وإذا احتمل ذلك وجب أن يصرح حتى يزول الاحتمال، وهذه علة أبي إسحاق المروزي، وغيره قال: إن العلة فيه [أنه قد][(٦)] يكون الشاهد بالتعديل ممن لا تقبل شهادته له؛ لأنه من والديه أو مولوديه، ولا تقبل شهادته عليه؛ لأنه من أعدائه، ومباينيه، فإذا قال: عدل عليَّ ولي، زال[(٧)] هذا الاحتمال.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ع: وأطلق.
(٣) سقط في ج، د، ص.
(٤) سقط في ع.
(٥) سقط في ص
(٦) في أ: أن
(٧) في ج، د، ص: يزال.

قال الماوردي: فعلى هذا التعليل لا يلزم ذلك إذا علم أنه لا نسب بينهما ولا عداوة، [وعلى الأول يلزم ذلك][١].

قلت: وما قاله غير أبي إسحاق في طرف القريب ظاهر، ولم يظهر في جانب العدو؛ فإن العدو إذا زكى عدوه لا يتجه أن يقال بعدم السماع؛ لأن ذلك شهادة له، وشهادة العدو لعدوه سائغة، وعلى[٢] هذا فكان يتجه عند هذا القائل أن يكتفي بقوله: هو عدل لي، وقد تعرض لهذا السؤال القاضي الحسين. نعم، الإتيان بلفظ[٣] «علي» يحسن أن يوجه بأن في ذلك تطييب قلب القاضي بالتزكية؛ لأنه إذا رضيه على نفسه شاهدًا مع حرص النفوس على عدم نفوذ كلمة الغير عليها، دل على [وضوح عدالته عنده.

وقد أشار إلى [عين هذا][٤] البندنيجي؛ حيث قال: إن معنى قوله: «علي»][٥] أنه يقبل شهادته في كل قليل وكثير؛ لأن من الناس من يقول: أقبل شهادة الإنسان في القليل [ولا أقبله في][٦] الكثير.

وقد قال الإمام: إن قوله: «هو عدل علي ولي» [من][٧] أبلغ عبارات المزكين وأوقعها، وهي شائعة على مر الدهور، وقد قررها من كان مبتدئًا في سماعها مجملة، والأصحاب مجمعون على موجب ما يتفاهمون[٨] منها.

وفي «الوسيط» أن كيفية التعديل أن يقول: هو عدل علي [ولي][٩]، أو: عدل مقبول الشهادة؛ فإن العدل قد لا تقبل شهادته لكونه مغفلًا.

وقال الإمام: إن العدل الرضا قد يكون مغفلًا. نعم، تثبت العدالة بما قال، ثم يستخبر بعد هذا عن الأسباب المانعة من قبول الشهادة كما سنصفها، إن شاء الله تعالى.

وهذا كله على طريقة من رأى من أصحابنا أن السؤال عن أسباب العدالة لا يجب، وهو ما أورده القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي والقاضي الحسين وادعى أنه لا خلاف فيه، ووافقهم الغزالي متبعًا في ذلك ما حكيناه عن الإمام.

---

(١) سقط في ع.
(٢) في أ: علي
(٣) في ج: بلفظة.
(٤) في أ، ع: علي أبو إسحاق.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ج: دون
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج: يتفاهم.
(٩) سقط في ج.

قال الماوردي: وهذه الطريقة مأخوذة من قول الشافعي -رضي الله عنه-: ولا يقبل التعديل إلا بأن يقول: [عدل][(١)] عليَّ ولي. والقائلون بهذه الطريقة يقولون: السؤال عن أسبابها استظهار، وإنه يجب أن يكون الشاهد بالتعديل إذا لم يذكر الأسباب من أهل الاجتهاد.

وقد ذهب آخرون من الأصحاب إلى وجوب السؤال عن أسبابها، ويكون الشاهد على هذا مؤديًا للأسباب، والقاضي هو الحاكم بالعدالة؛ وعلى هذه لا يشترط أن يكون الشاهد من أهل الاجتهاد، وقائلها يقول: استزادة القاضي أن يشهدوا أنه عدل لهم وعليهم[(٢)]، استخبار عن حكم العدالة، وليس بشرط في قبول الشهادة، فلا يجب على الشاهد ذكره. نعم، هل يجب على الحاكم الاستخبار عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ كالشاهد؛ لأن الشهادة بأسباب[(٣)] العدالة تغني [عما سواها][(٤)].

والثاني: نعم؛ للاحتياط.

قلت: ولو قيل باشتراط ذكر هذا على هذه الطريقة [أيضًا][(٥)] لم يبعد؛ بناءً على التعليل الثاني في أصل المسألة؛ لأن أسباب العدالة صفات كمال في الشاهد، والعداوة والقرابة أسباب مانعة من قبول الشهادة، لا ينافيها ذكر صفات الكمال؛ فكان[(٦)] يجب التعرض لها كما في[(٧)] الطريقة الأولى.

تنبيه: شهادة الأب بتعديل الابن وبالعكس، هل تسمع؟ فيه خلاف حكيته عن البغوي وغيره من قبل، والذي جزم به الماوردي هاهنا، وتبعه في «البحر»، وكذا صاحب «الإبانة»، ورآه الغزالي أظهر - المنع[(٨)]، وقد يقال بإمكان أخذه من الخلاف الذي ذكره الشيخ هاهنا؛ لأن من اكتفى بقوله: هو عدل، [لم ينظر إلى كونه قريبًا ترد شهادته له، ومن لم يكتف بذلك نظر إلى ذلك، لكن قد يقال: من اكتفى بقوله: هو عدل][(٩)]، اكتفى به في ثبوت العدالة [ظاهرًا والقاضي][(١٠)] من وراء الكشف عن القرابة وغيرها، كما حكيناه عن الإمام؛ فلا يظهر مع هذا أخذ الخلاف من هاهنا.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ج: أو عليهم.
(٣) في ص: أسباب.
(٤) في ج: عن السؤال عن ذلك.
(٥) سقط في ع.
(٦) في ع، د، ص: وكان.
(٧) في ج، د، ص، ع: على.
(٨) في ع: وأبلغ.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ص.

نعم، المنع يؤخذ [من هاهنا][1] قطعًا على توجيه غير أبي إسحاق.

فرع: هل يحل للأب تزكية ولده إذا كان القاضي لا يرى ذلك، وهو[2] يجهل أنه أبوه؟ لم أر فيه نقلًا، والذي يظهر: تخريجه على أن الفاسق في الباطن إذا علم حقًّا وطلب لأدائه، وهو ظاهر العدالة مسموع الشهادة - هل يحل له الإقدام على[3] الشهادة أم لا؟ وفيه وجهان حكاهما في «البحر» في فروع ضمن باب ما على القاضي في الخصوم؛ بناء على وجهين في أن الفاسق، هل عليه إقامة الشهادة؟

وجه الجواز[4]: أنه شهد بالحق ليصل [الحق][5] إلى مستحقه.

ووجه المنع: أن في أدائه إيقاع الحاكم في حكم باطل؛ لأنه إذا حكم بمستند باطل - في نظر الشرع - في حق في نفس الأمر كان باطلًا، والله أعلم.

قال: ولا يقبل التعديل إلا ممن هو من أهل الخبرة[6] الباطنة بحاله، أي: في حال الأداء أو قريبًا منه؛ كما قاله الشافعي -رضي الله عنه- لأثر عمر -رضي الله عنه- [السابق][7]، والمعنى فيه: أن الناس يخفون عوراتهم ويغطونها، ولا يتحقق الاطلاع على السريرة، ولكن لا أقل من التوصل إلى ما يغلب على الظن، وذلك لا يحصل إلا بأهل[8] الخبرة الباطنة، ولأن من ليس من أهل الخبرة إنما يعتمد[9] فيما يذكره[10] الظاهر من حاله، ولو اكتفينا بذلك لم يحتج إلى تزكية؛ لأن القاضي في هذا كالشاهد، وهذا بخلاف الشهادة بالجرح لا يشترط فيها أن يكون الشاهدان[11] من أهل الخبرة الباطنة [به][12]؛ لأنه لا يشهد فيه إلا عن معاينة أو سماع - كما سنذكره - وذلك لا يحتاج إلى خبرة باطنة، وهذا أحد ما يتميز به شهود التعديل على الجرح، وثانيه: أن يكون شهود[13] التعديل عالمين[14] بأسباب التعديل على المشهور، بخلاف [شهود الجرح][15]؛ فإنه لا تشترط[16] معرفتهم بما يقتضي الجرح؛ لأنهم لا بد أن يصرحوا بالسبب المجرح.

---

(١) في ج: منه.
(٢) في أ: وهل.
(٣) زاد في أ: الأداء.
(٤) زاد في ع: منه.
(٥) سقط في ج.
(٦) في التنبيه: المعرفة.
(٧) سقط في ج.
(٨) في ج: من أهل
(٩) في ع: يعمد.
(١٠) في ص: يذكر
(١١) في ج: الشاهد.
(١٢) سقط في ج.
(١٣) في أ، د، ص، ع: شاهد.
(١٤) في أ، د، ص، ع: عالمًا.
(١٥) في ص: الشهود بالجرح.
(١٦) في ج: تسقط.

ثم اعلم أن القاضي وصاحب المسألة إن كان لا يعرف أن المزكي من أهل الخبرة الباطنة؛ بالشهود بعدالته، ولم يعرف حذقه ومعرفته، سأله كما فعل [عمر][١] -رضي الله عنه- لأنه قد يعتقد جواز البناء على الظاهر وتحسين الظن، فإذا بحث القاضي زال اللبس، وإن علم أن المزكي خبير به أو خبير بالتزكية، وقد ألف ذلك منه، وراجعه فيها، فوجده خبيرًا بصيرًا غير مكتف بالظاهر - فإذا أطلق التعديل قال الإمام: فالأصح أن القاضي لا يحتاج إلى مراجعة في إسناد تزكيته إلى الباطن، ومن أصحابنا من شرط هذه المراجعة في كل تزكية، تمسكًا بأثر عمر، رضي الله عنه. قال[٢]: وهذا غير سديد والأثر محمول على علم عمر بأن المعدل[٣] لم يكن خبيرًا، إنما أخذ التعديل، وهذا بخلاف أصحاب المسألة إذا عدلوا عند القاضي واكتفينا بهم، كما هو الصحيح؛ فإنه لا يشترط أن يكونوا من أهل الخبرة.

قال الماوردي: ولا يجوز للحاكم أن يسألهم: من أين علمتم التعديل؟ وكذا الجرح إن عادوا به. وكلام ابن الصباغ قريب منه؛ فإنه[٤] قال: وليس للحاكم أن يقول كذا. ولفظ البندنيجي: أنه لا يسألهم: من أين تحملوا الشهادة، ولا عمن أخبرهم بذلك.

فرع: إذا سمع شخص [من أفواه الناس][٥] دين شخص وأمانته وصلاحه، وشهد جماعة بأنه عدل، فهل يسوغ له تعديله، وليس هو من أهل الخبرة بحاله؟ قال القاضي الحسين: له ذلك إذا تكرر [ذلك][٦] على سمعه من أفواه الناس مرة بعد أخرى في مقامات مختلفة تخرج عن حد التواطؤ، فأما [أن يشهد به][٧] عدلان أو أكثر فلا؛ لأنه يحتمل التواطؤ [في ذلك][٨].

قال: وإن عادوا بالجرح سقطت شهادتهم؛ لعدم الثقة بقولهم، وهذا ظاهر قول الإصطخري وغيره في أن المرجع في التعديل والجرح إلى شهادة أصحاب المسائل،

---

(١) سقط في ص
(٢) في أ: وقال.
(٣) في ع: العدل.
(٤) في أ، د، ص، ع: كأنه.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ص.
(٧) في أ، إن شهد عنده، وفي ص،ع: من شهد عنده.
(٨) سقط في ج.

دون المسئولين، وأما على قول أبي إسحاق فيظهر أن يقال: لا تسقط الشهادة ما لم يشهد اثنان من المسئولين بالجرح؛ كما يشهدان بالتعديل عند [عود][1] أصحاب المسائل به.

لكن في «الشامل» و«تعليق» أبي الطيب أن أبا إسحاق قال: إذا عادوا إليه فأخبراه بالجرح، توقف، وقال للمدعي: زدني في شهودك.

قال القاضي الحسين: ولا تتوقف الشهادة بالجرح على سؤال القاضي؛ لأن الجرح تسمع فيه شهادة الحسبة.

ثم في حال عودهم بالجرح لا يستحب أن يعاد الجرح في العلانية؛ لما في ذلك من الهتك، بخلاف ما إذا عادوا بالتعديل كما تقدم، صرح به الماوردي والبغوي.

قال: فإن[2] **عاد أحدهما بالجرح[3] والآخر بالتعديل[4] أنفذ آخرين؛** لأن النصاب في الجرح والتعديل لم يكمل، فلعله بإرسال الآخرين يكمل في أحدهما أو فيهما؛ فترتب على ذلك حكمه، كما سنذكره.

وفي «المهذب»: أنه يبعث ثالثًا، فإن عاد بالجرح كملت بينة الجرح وعمل بموجبها، وإن عاد بالتعديل كملت بينة التعديل وعمل بموجبها. وهذا أخذه من قول الماوردي: ويجوز أن يقتصر فيمن ينفذه بعدهما على واحد؛ لأن بالواحد تكمل بينة الجرح أو التعديل. وخص القاضي الحسين محل بعث الواحد[5] بحالة عود اثنين بالتعديل، وواحد بالجرح.

وحكى الإمام في هذه الصورة عن أبي إسحاق أنه يقول للمدعي: زدني في شهودك، وقال: إن أراد به على وجه الاحتياط، [فقريب][6]، وإلا فلا وجه [له][7].

والذي أورده [القاضي][8] أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ في مسألة الكتاب: [الأول. وقال][9] الماوردي: إنه أحوط، و[هو][10] الذي نص عليه الشافعي -رضي الله عنه- في «المختصر»، لكنه قال: «أعادهما[11] مع غيرهما»؛ ولأجل هذا قال

---

(١) سقط في ص،ع.
(٢) في أ، ج، د، ص: وإن.
(٣) في التنبيه: بالتعديل.
(٤) في التنبيه: بالجرح.
(٥) في ج: واحد
(٦) سقط في أ، د، ص.
(٧) سقط في ج، د، ع.
(٨) سقط في ع.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ص، ع.
(١١) في أ: أعاده.

البندنيجي: إنه يبعث بهما ثانيًا، ويبعث مع كل واحد منهما غيره.

وقال الماوردي: إن قول الشافعي -رضي الله عنه-: «أعادهما مع غيرهما» يحتمل[١] أمرين:

أحدهما: أن يعيدهما ثانيًا للبحث؛ فربما ظهر لمن عدل جرح يوافق [فيه][٢] صاحبه، ويسمع الحاكم من كل منهما رجوعه إلى ما بان له[٣] من خلاف الشهادة الأولى.

والاحتمال الثاني: أن يكون معنى قوله: «أعادهما»، يعني: عن الشهادة، إلى حيث شاء؛ لينظر ما شهد به الثالث.

قال: فإن عدله اثنان وجرحه اثنان قدم الجرح على التعديل؛ لأن شهادة الجرح [شهادة على][٤] أمر باطن، وشهادة العدالة [شهادة][٥] على أمر ظاهر، فكانت تلك أولى؛ لأنها[٦] علمت ما خفي على الأخرى؛ فصار هذا كما لو شهد اثنان بدين، وشهد آخران بقضائه - تقدم شهادة القضاء؛ أنها علمت ما خفي على الأخرى؛ ولأن الجارح مثبت والمعدل نافٍ، والإثبات أولى من النفي.

وهكذا الحكم فيما لو شهد اثنان بالجرح، وثلاثة فأكثر إلى مائة بالتعديل؛ كما قاله القاضي الحسين وغيره.

وألحق الإمام بهذه الصورة ما إذا تحقق عند القاضي الفسق بالتسامع، وشهد معدلون على العدالة كما حكيناه من قبل.

قال الأصحاب: ولا تقدم بينة التعديل على الجرح إلا في مسألة [واحدة][٧]، وهي [إذا شهد][٨] اثنان على جزحه في بلد، ثم انتقل إلى بلد أخرى[٩]، فشهد آخران منها[١٠] بالتعديل؛ فإنه يقدم التعديل على الجرح. كذا أطلقوه، ويظهر أن محله إذا كان بين انتقاله من البلد الأول إلى الثاني مدة الاستبراء، وإلا فلا يقدم.

---

(١) في ج: محتمل.
(٢) سقط في ج، ص، د، ع.
(٣) في ج: لهما.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: لا.
(٧) سقط في أ، ج، د، ع.
(٨) سقط في ع.
(٩) في ج: آخر.
(١٠) في ص، ع: منهما.

وقد ذكر الطبري مسألة أخرى، وهي أن يقول اثنان: إنه زنى أو سرق، ويقول آخران: إنه تاب وحسنت حاله.

قال: **ولا يقبل الجرح إلا مفسرًا**، أي: لا يقبل إلا بعد ذكر سبب الجرح؛ لأن أسبابه مختلف فيها، فقد يظن[١] الشاهد ما ليس بجرح عند القاضي جرحًا، مع أن الاعتبار فيه بما يراه القاضي.

قال الشافعي -رضي الله عنه- في «الأم»: شهدت رجلًا صالحًا شهد على رجل عند رجل بالجرح، فقال له: بم جرحته؟ فامتنع من تفسيره، وقال مثلي لا يخفى عليه الشهادة المجرحة[٢]، فألح عليه، وقال: لا أقبل حتى تبين السبب، فقال: رأيته يبول قائمًا[٣] يترشش البول على ثيابه ورجليه ويصلي فيها، فقال: رأيته فعل ذلك؟ فقال: أراه سيفعل ذلك؛ فأسقط شهادته.

فإذا فسر الشاهد السبب نظر فيه القاضي: فإن كان عنده سببًا -أيضًا- حكم به وأسقط الشهادة، وإلا توقف كما قال الماوردي، وهذا بخلاف التعديل؛ حيث لا يشترط ذكر أسبابه على المشهور، قال ابن الصباغ: لأن أسبابه تكثر، ولا يمكن ضبطها. وقال القاضي أبو الطيب: لأن أكثر ما فيه أن يذكر ما يفعل من الطاعات وأداء الفرائض على حسب ما شاهده[٤]، وقد يفعل ذلك كله ويفسق بمعصية يأتي بها سرًّا، وليس كذلك سبب الجرح؛ فإنه يمكن الإحاطة به؛ فلهذا وجب كشفه.

قال الأصحاب: وكشفه أن يقول: رأيته يزني - كما قال الإمام - أو يسرق، أو يغصب، أو يلوط، ونحو ذلك، أو: أقر عندي بالزنا، أو السرقة، أو سمعته يقذف أو يكذب أو يمشي بالنميمة، أو يقول ما يعتقده من البدع المستنكرة؛ كما قاله الماوردي، ونحو ذلك. وهذا الذي أراده الشافعي -رضي الله عنه- بقوله: لا أسمع الجرح إلا بالمشاهدة أو السماع.

وقال البندنيجي وابن الصباغ: إن هذا القول من الشافعي عائد إلى أصحاب المسائل؛ لأنه يحتاج أن يعلم منه ما يفوضه الحاكم إليه من ذلك؛ ليشهد[٥] به عنده، وإنما يصير [به][٦] عالمًا بأن يعلم ذلك مشاهدة أو سماعًا. وألحقا - وكذا الماوردي - بما ذكرناه

---

(١) في ج: يطلق.
(٢) في أ، د، ص: المجروحة.
(٣) زاد في أ، ج، د: فقال.
(٤) في ج: يراه.
(٥) في ع: أتمهل.
(٦) سقط في أ، ج، د، ع.

من قسم السماع، ما إذا سمع من عدد التواتر [أو الاستفاضة ذلك][(١)] عنه، وحصل له العلم، قالوا: ويطلق الشهادة في هذه الحالة كما يشهد بالموت والنسب والملك المطلق.

فأما السماع[(٢)] من الواحد والعشرة، فقد قال الشيخ أبو حامد: إنه لا يصير به عالمًا بذلك، لكنه[(٣)] يشهد عند[(٤)] الحاكم بما سمع، ويكون شاهد فرع، والذي سمع[(٥)] منه شاهد الأصل[(٦)]؛ [فيكون حكمه حكم شاهد الفرع والأصل][(٧)]، ولا يثبت عنده ما قال شاهد الأصل إلا باثنين.

قال ابن الصباغ: وهذا بخلاف ما ذكروه[(٨)] في الاستفاضة.

وهذا ما ذكره العراقيون، أعني: جملة ما ذكرته.

وفي «النهاية» أن من أصحابنا من لم يشترط هذه المبالغة في ذكر السبب، وعنى بالمبالغة ما حكاه من قوله: رأيته يزني ونحو ذلك. قال: واكتفى بذكر ما بينه على ما يقع به الجرح لا محالة، وإنه خرجه بعض العراقيين على طريقة الإصطخري فإن مبناها على طرف من المسامحة.

قال الإمام: ووراء هذا سر، وهو أن المزكيين إذا جرحا بالنسبة[(٩)] إلى الزنى، ففي العلماء من جعلهما قاذفين إذا لم يساعدهما عليه شاهدان آخران، وبه قال بعض أصحابنا، ومنهم من يستثني مقام الجرح، ولا يجعل نسبته [إلى][(١٠)] الزنى في هذا المقام قذفًا، والسبب فيه الحاجة؛ فإن المزكي مراجع مستخبر، والقاذف من يبتدئ من غير مراجعة، فعلى الأول لا يكلفون التصريح بما يجب احتمال ما يأتون به إذا عرضوا؛ حتى [لا][(١١)] يقضي عليهم عند التصريح بالإيجاب، وهذا تمهيد لعذر المراجع المستخبر، وعليه يحمل قوله ﷺ: «اذْكُرُوا الفَاسِقَ بِمَا فِيهِ، يَحْذَرْهُ النَّاسُ»[(١٢)].

---

(١) في ج: والاستفاضة. (٢) زاد في ع: في هذه الحالة. (٣) في أ: لأنه.
(٤) في ع: عليه (٥) في أ، ع: يسمع (٦) في ج: أصل
(٧) سقط في أ. (٨) في أ: ذكره. (٩) في ص، ع: بالنسب.
(١٠) سقط في أ، ج، د، ع.
(١١) سقط في ج، د، ص.
(١٢) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢/ ١٧٣) برقم (١٧٤)، والعقيلي في الضعفاء (١/ ٢٠٢)، وابن حبان في المجروحين (١/ ٢٢٠)، والطبراني في المعجم الكبير (١٩/ ٤١٨) برقم (١٠١٠)، وفي الصغير (١/ ٢١٥)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢١٠)، من طريق =

قلت: وما ذكره الإمام عن بعض الأصحاب [أنهم][(١)] غير قذفة، ينطبق عليه قول ابن الصباغ - حكاية عن الشيخ أبي حامد-: إن القاضي إذا سأل الشاهدين[(٢)] عن سبب الجرح، وكان زنى - لم يكن قذفًا، سواء كان بلفظ الشهادة أو بغير لفظها؛ لأنهما لم يقصدا إدخال المعرة عليه بالقذف، وإنما قصدا[(٣)] إثبات صفته عند الحاكم ليبني الحاكم حكمه عليه.

والماوردي قال بذلك فيما إذا كان الشاهدان من أصحاب المسائل، وقال فيما إذا كان من الجيران: إنهما قاذفان إذا لم تكمل الشهادة، والفرق: أن[(٤)] أصحاب المسائل ندبوا للإخبار بما سمعوه، بخلاف الجيران.

وكلام البندنيجي يقتضي أن ما حكي عن أبي حامد في أصحاب المسائل أيضًا [، ثم][(٥)] فيما أبداه الإمام من عند نفسه في التوجيه - نظرًا من حيث إنه يقتضي اختصاص الاكتفاء بالتعريض بالنسبة إلى الزنى، أما في غيره فلا، وقد أفهم كلامه أولًا الاكتفاء بالتعريض فيه، و[في][(٦)] كل ما ينسبه[(٧)] إليه.

قال: وإن[(٨)] **سأل المدعي أن يحبسه [حتى][(٩)] تثبت عدالتهم حبس**؛ لأن الظاهر عدالة الشهود، وإنما يتوقف الكشف عن جرحهما، ولأن المدعي قد فعل ما عليه من إحضار[(١٠)] البينة، وبقي على الحاكم ما عليه من معرفة العدالة؛ [كذا][(١١)] قاله الماوردي وابن الصباغ في كتاب اللعان، وهو مختار[(١٢)] أبي إسحاق المروزي كما حكيناه[(١٣)] عند الكلام في المحبسين، والذي صححه البغوي، وقال في «المهذب»:

= الجارود بن يزيد عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «أترعون عن ذكر الفاجر؟! اذكروه بما فيه كي يعرفه الناس، ويحذره الناس»، وهذا السياق للبيهقي.

(١) سقط في أ.
(٢) في ج، د، ع: الشاهد.
(٣) في أ، أقصد، وفي ج: قصد
(٤) زاد في ج، ع: من.
(٥) سقط في أ، ج، د، ص.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ص: ينسب
(٨) في التنبيه: فإن.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ج: إخبار.
(١١) سقط في ص،ع .
(١٢) في أ: اختيار.
(١٣) في ص، ع: حكاه وزاد في ص: الإمام.

إنه ظاهر المذهب، وبه جزم القاضي أبو الطيب قبيل[(١)] كتاب الدعاوى؛ حيث قال: إنه[(٢)] يحبس قولًا واحدًا.

وعلى هذا: فلا تتقيد مدة حبسه، والمرجع فيها إلى القاضي كما قاله في «البحر».

وفي «الرافعي» أن العراقيين والقاضي الروياني قالوا: إن الحبس قبل التعديل يبقى إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية [أو الجرح][(٣)]، ولا تتقدر له مدة. وكذا رأيته في «تعليق» البندنيجي قبيل باب القضاء على الغائب، ولم يحك الإمام سواه في آخر باب الشهادة على الوصية، ووراء ذلك وجوه [أُخر][(٤)]:

أحدها - حكاه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما عند الكلام في المحبسين-: أنه لا يحبس، وهو رأي[(٥)] الإصطخري، وقد حكاه المصنف والبغوي هاهنا، ولم يحك القاضي الحسين في باب الشهادة[(٦)] على الوصية[(٧)] سواه، وأشار إليه الإمام [ثم][(٨)]، ووجهه: أن الأصل براءة الذمة، والحق لا يوجبه إلا ظهور العدالة، ولم تظهر، مع أنه عقوبة في الحال.

وهذا[(٩)] ما رجحه القاضي الحسين قبيل[(١٠)] كتاب الدعاوى، وقال: إن الأول لا يصح. بعد أن نسبه إلى قول العراقيين من أصحابنا، لكنه يطالب بكفيل، وحينئذ فيكون اختياره: أنه لا يحبس، ويطالب بكفيل، وقد حكاه البغوي وجهًا آخر هكذا[(١١)]، وقال: إن له ملازمته على طلب الكفيل. [قال][(١٢)]: وإذا بعث القاضي معهما رجلًا يستكفل[(١٣)]، فالأجرة على المدعي.

الثالث: قال الإمام في كتاب اللعان: إني وجدت في بعض الطرق رمزًا إلى أن المدعى عليه لا يحبس في القذف والحد.

---

(١) في ع: قبل.
(٢) زاد في ع: لا.
(٣) في أ: والجرح.
(٤) سقط في ج، د، ص، ع.
(٥) في ج: الذي رآه.
(٦) في ج: الوصية.
(٧) في ج: الشهادة.
(٨) سقط في ص،ع.
(٩) كذا في النسخ، ولعل هنا سقطا تضمن الوجه الثاني، الذي يعود إليه قوله: وهذا ما رجحه... إلخ.
(١٠) في أ، ع: قبل
(١١) في ع: هذا
(١٢) سقط في ص، ع.
(١٣) في ص،ع: فيكفل.

الرابع: حكى البندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين والإمام عن الإصطخري: أنه لا يحبس في المال، وإن قلنا: يحبس في القذف[١] والقصاص؛ لأن المال يمكن استيفاؤه في غيبته، بخلاف القذف والقصاص.

قال ابن الصباغ: وما ذكره من الفرق ليس بصحيح؛ لأن المال قد يتعذر استيفاؤه في غيبته[٢] بأن يخفيه، ولا يظهر للحاكم.

وهذا حكم طلب الحبس، فلو طلب من القاضي أن يحجر عليه في المال في صورة كون المدعى به دينًا؛ مخافة أن يضيع ماله، أو يحتال فيعزيه لإنسان[٣] - فهل يجاب؟

حكى الإمام قبيل كتاب الدعاوى [فيه خلافًا][٤] عن الأصحاب، والذي قاله الأكثرون: أنه لا يجاب؛ فإن ضرر الحجر عظيم، فلا سبيل إلى الإجابة إليه، [قال][٥]: ولا يتجه عندنا إلا هذا، وقال القاضي - [يعني][٦] الحسين-: إن كان يتوهم القاضي هذا في المشهود عليه بأن كان يعرفه محتالًا خصمًا، فله أن يجيبه، وإلا فلا.

والذي رأيته في «تعليقه»: أنه إن طلب الحجر وجب على الحاكم أن يحجر عليه، وإن لم يسأل ففي وجوبه عليه وجهان:

أحدهما: هو حق لله تعالى؛ كالتعديل على أصلنا، لا يفتقر إلى سؤال الخصم.

والثاني: لا يجب، بل [هو][٧] حقه كالكفالة ببدن من عليه الحق.

ثم [قال:][٨] إذا قلنا بالوجوب فلو أغفله القاضي فلم يحجر [عليه][٩]، وتصرف المشهود عليه بالبيع أو بالإقرار، ثم خرج الشهود عدولًا - هل ينقض تصرفه أم لا؟ الظاهر: أنه ينقض، ويحتمل أن يقال: لا ينقض، ونظيره: مجرد السفه والتبذير هل يوجب الحجر أم لا؟

وقد حكى عن رواية أبي الحسين بن القطان: أن الدين المدعى به يستوفى، ويوقف.

---

(١) في ج، الحد.
(٢) في أ، د، ص، ع: بغيبته.
(٣) في ج: إلى إنسان.
(٤) في أ، ص: وفيه خلاف.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ، ج، د، ص.
(٩) سقط في أ، ص.

ولو كان المدعى عينًا، وطلب المدعي الحيلولة بينه وبينها، أجيب إلى ذلك إن كانت العين مما يخاف هلاكها والتفويت عليها، وتؤجر إذا أمكن إيجارها عند الطلب، وإن كانت عقارًا فوجهان حكاهما الإمام، وأشبههما في «الرافعي»، وبه جزم القاضي الحسين، وهو قضية إطلاق الأكثرين: أنه يجاب أيضًا.

وعن حكاية أبي الفرج عن الإصطخري: أنه لا تنزع [العين](١) أصلًا.

وفي «التهذيب» إجراء وجهين في الحيلولة وإن لم يطلبها المدعي، كما سنذكرهما في الحيلولة بين العبد المدعي العتق وبين سيده.

ولو كان المدعي عبدًا ادعى على سيده أنه أعتقه، وسأل القاضي أن يحيل بينه وبين سيده - أجيب، ويتكسب وينفق عليه من كسبه، فإن فضل شيء حفظ وسلم إليه إن زكيت البينة، وإلا فيسلم للسيد(٢) إن جرحت [البينة](٣)، فإن لم يكن [له](٤) كسب، أنفق عليه من بيت المال، [ثم يرجع](٥) على سيده إن بان جرح الشهود واستمرار الرق، وإن بان حرًّا فقيرًا فلا رجوع.

وعن ابن كج حكاية وجهين في أن العبد هل يؤجر بدون طلبه أو طلب السيد، أم لا بد من طلب أحدهما؟ قال الرافعي: والأول أقرب إلى ظاهر النص.

ولو لم يطلب العبد الحيلولة، فهل للقاضي فعلها؟ فيه وجهان في «التهذيب»، والذي حكاه القاضي الحسين والإمام: أن له ذلك إذا رآه، وأنه لو كان المدعي العتق أمة، وجب احتياطًا للبضع.

وكذا [فيما إذا](٦) كان المدعى طلاقًا تتحتم الحيلولة.

ولو كان المدعى به زوجية امرأة منعناها من الانتشار على المشهور(٧)، وذكر بعض الأصحاب وجهًا: أنها(٨) لا تمنع، بخلاف العبد؛ فإن الأصل في المرأة الحرية وتخلية السبيل، قال الإمام: وهذا وجه ضعيف، وإذا قلنا [به](٩)، فهل نأخذ

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: إلى السيد.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: ويرجع.
(٦) في أ: لو.
(٧) في ص، ع: المشهود عليه.
(٨) في ص،ع: أنه
(٩) سقط في ج.

[منها][1] كفيلًا؟ قال الصيدلاني: فيه وجهان ذكرهما صاحب «التقريب».

قال: فإن[2] **قال المدعي**[3]: **لي بينة غائبة، فهو بالخيار إن شاء حلف المدعى عليه**؛ لأن الغائبة كالمعدومة، وإن شاء صبر حتى تحضر البينة؛ لأن الحق في طلب اليمين له، فله تأخيره، وليس له أن يلازمه إلى حضور بينة[4]؛ لقوله ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَلِكَ»[5]، وهذا بخلاف ما لو كانت البينة في البلد؛ فإن له أن يلازمه إلى[6] حضورها ما كان مجلس الحكم في يومه باقيًا؛ فإذا انقضى المجلس لم يكن له ملازمته ما لم يشهد بوجود البينة قرينة، فإن شهدت أحواله بوجود البينة، جاز أن يلازمه إلى غاية أكثرها ثلاثة أيام، كذا حكاه الماوردي في باب: ما على القاضي في الخصوم.

وحكى في «البحر» في الفروع المذكورة بعد كتاب الأقضية أن ابن أبي أحمد قال: عندنا لا يلازمه[7] إلا أن يكون في مقدار جلوس[8] القاضي، فيلازم حتى تحضر البينة. وهذا ما حكى الغزالي أن القضاة اصطلحوا عليه.

قال: **وإن أقام شاهدًا واحدًا**، أي: عدلًا، **وسأله أن يحبسه حتى يأتي بالثاني**، أي، وقال: إنه في مكان قريب؛ كما قال الشافعي - رضي الله عنه- **ففيه قولان**:

أصحهما: أنه لا يحبس؛ لأن الحق لم يثبت بعد، وهذا ما نص عليه في اللعان، وقد وافق الشيخ في تصحيحه ابن الصباغ وصاحب «البحر» [والبغوي][9] والنواوي.

والثاني: يحبس؛ لأنه لما حبس مع كمال العدد ونقصان العدالة جاز أن يحبس مع كمال العدالة ونقصان العدد، وهذا ما ادعى الرافعي [أن][10] الروياني اختاره[11].

---

(١) سقط في ص، ع.
(٢) في التنبيه: وإن.
(٣) زاد في ج، د: عليه.
(٤) في ج: البينة.
(٥) تقدم.
(٦) في أ، ج، د، ع: على.
(٧) في د، ص، ع: يلزمه.
(٨) في ج: حضور.
(٩) سقط في ص، وفي أ: والتهذيب، وفي ع: في التهذيب.
(١٠) سقط في ج.
(١١) قوله: قال -يعني الشيخ-: وإن أقام شاهدًا واحدًا أي: عدلًا وسأله أن يحبسه حتى يأتي بالثاني، أي: وقال: إنه في مكان قريب، كما قال الشافعي، ففيه قولان. أصحهما: أنه لا يحبس؛ لأن الحق لم يثبت بعد، وهذا ما نص عليه في اللعان، وقد وافق الشيخ في تصحيحه ابن الصباغ وصاحب البحر والتهذيب، والنووي.
والثاني: يحبس؛ لأنه لما حبس مع كمال العدد ونقصان العدالة جاز أن يحبس مع كمال العدالة =

فعلى هذا: لو كان الشاهد مجهول الحال، فهل يحبس؟ فيه وجهان في «البحر»، وكذا في «الحاوي» و«النهاية» قبيل كتاب الدعاوى. وإذا قلنا: يحبس في حال كونه عدلًا، جرى جميع ما ذكرناه عند إقامة الشاهدين المجهولين فيه، إلا ما سنذكره من تقييد مدة الحبس.

والقائلون بتصحيح الأول فرقوا بأن العدالة إذا ثبتت تبين بظهورها قيام الحجة مستندًا إلى وقت قيام الشهادة، ولا كذلك في الشاهد الواحد؛ فإن عند الإتيان بالثاني تتم.

وقد حكى القاضي الحسين [الخلاف في أصل المسألة وجهين، **وقيل: إن كان في المال، حبس]**[(١)] **قولًا واحدًا**؛ لأنه يمكنه أن يحلف مع شاهده ويستحق، فجرى[(٢)] مجرى حضور الشاهدين، وهذه طريقة أبي إسحاق، كما حكاه البغوي والمصنف هاهنا.

وقال الإمام والقاضي الحسين في كتاب اللعان: إن الخلاف في هذه الصورة مرتب على الخلاف[(٣)] في نظيرها من حد القذف والقصاص، وهاهنا أولى بالحبس؛ لما ذكرناه. ثم قال الإمام: وقد يعارض ذلك بأن الحلف مع الشاهد إذا كان ممكنًا فيجب أن يقال للمدعي: أنت متمكن من إثبات حقك باليمين، [فإن حلفت ثبت حقك][(٤)] فافعل هذا أوخَلِّ حقك، وهذا كلام فيه فقه، وإذا عارض ما قدمناه في الترتيب أسقطه. انتهى.

= ونقصان العدد، وهذا ما ادعى الرافعي أن الروياني اختاره. انتهى كلامه بحروفه.
وهو صريح في أن الصحيح في «التنبيه» عدم الحبس، وليس كذلك؛ فإن الموجود فيه حكاية قولين من غير ترجيح بالكلية، ولهذا إن النووي نبه عليه في التصحيح، وصحح أنه لا يحبس، والذي أوقع ابن الرفعة في هذا الغلط إيهام وقع في كلام ابن يونس شارح التنبيه، فإنه عبر بقوله: قال: وإن أقام شاهدًا واحدًا وسأله أن يحبسه حتى يأتي بالثاني ففيه قولان، أصحهما: أنه لا يحبس؛ لأن الحق لم يثبت بعدُ. هذه عبارته، وابن الرفعة -رحمه الله- كان يعتمد غالبًا في نقل كلام التنبيه عليه؛ لكونه هو الشرح المتداول في ذلك الوقت، فظن أن التصحيح من تتمة كلام الشيخ، وإنما هو من كلام ابن يونس، ناقلًا له من المهذب وغيره. [أ و].

(١) سقط في ع.
(٢) زاد في ع: في أصل المسألة.
(٣) في أ، د، ص، ع: القولين.
(٤) سقط في أ.

وقد حكى الرافعي هذا[١] طريقة عن رواية أبي الفرج، لكن ابن الصباغ والبندنيجي قالا: إنه يحبس في المال قولًا واحدًا على رأي الأصحاب، وعلى رأي الإصطخري: لا يحبس، ولا خلاف أنه لا يحبس عند إقامة الشهادة في حدود الله -تعالى- لطلب الاستزكاء؛ لأنها مبنية على المساهلة، أما إذا قال: إن الشاهد الثاني في مكان بعيد - وهو الذي يتعذر حضوره منه في ثلاثة أيام - فإنه لا يحبس قولًا واحدًا؛ كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر» قبيل كتاب الدعاوى، وحكاه في «الشامل» عن أبي إسحاق.

ومن طريق الأولى[٢]: إذا ادعى أن شاهده قريب، فحبسناه ثلاثة أيام، ولم يحضره - أنه يخرج، وهو ما حكاه الرافعي عن العراقيين والروياني، وقد نقله ابن شداد عن «النهاية» و«الحاوي»، وهو فيهما في آخر باب الشهادة بالوصية، ورأيته في «تعليق» البندنيجي قبيل باب القضاء على الغائب.

فرع: الثمرة والغلة الحادثتان بعد شهادة الشاهد الأول لمن تكون؟ ينظر: إن أرَّخ الثاني شهادته بيوم شهادة الأول أو بما[٣] قبله، كانت للمدعي، وإلا فلا شيء له إلا من حين شهادة الثاني، كذا حكاه الرافعي، والقاضي الحسين نسبه في موضع قبيل [باب][٤] مختصر الدعوى إلى نص الشافعي -رضي الله عنه - ثم قال: إذا أقام شاهدًا واحدًا في المال، فإن قلنا: يحجر عليه، فعلى هذا نوجب عليه أجر المثل من وقت إقامة الشاهد الأول، ويقع الملك له عقيب [إقامة الشاهد][٥] الأول، وإن قلنا: لا يحجر عليه، فعلى هذا ما حصل من النماء والزيادة بعد إقامة [الشاهد الأول][٦] وقبل [إقامة الشاهد الثاني،][٧] يكون ملكًا للمدعى عليه، وفيه قول آخر: أن الثمرة والنتاج الذي حصل بعد إقامة الشاهد الأول وقبل الثاني، تكون ملكًا للمدعي.

قال: **وإذا[٨] علم الحاكم** [-أي: بالمشاهدة-][٩] **وجوب الحق فهل له أن يحكم بعلمه،** أي: على من تسوغ له الشهادة عليه، ولمن[١٠] تسوغ شهادته له؟ **فيه[١١] ثلاثة أقوال:**

---

(١) في ص: هذه.
(٢) في ع: أولي.
(٣) في أ: وبما.
(٤) سقط في ص، ع.
(٥) في ج: شهادة.
(٦) في ج: الشهادة الأولى.
(٧) في ج: الثانية.
(٨) في التنبيه: وإن.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في ع: وإن لم.
(١١) في أ، ففيه.

أحدها: يحكم؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وهو يعلم أن أحدهما محق في الخصومة؛ فلزمه[١] الحكم بالحق، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «لَا تَمْنَعُ أَحَدَكُمْ هَيْبَةُ النَّاسِ [أَنْ يَقُولَ][٢] فِي حَقٍّ إِذَا رَآهُ أَوْ سَمِعَهُ[٣]»[٤].

لأنه يجوز له الحكم بشهادة الشاهدين، وذلك من طريق الظن؛ فبالعلم أولى، وهذا ما نص عليه في «الرسالة» حيث قال: وأقضي بعلمي وهو أقوى من شاهدين، أو شاهد وامرأتين، وهو أقوى من شاهد ويمين، وهو أقوى من النكول ورد اليمين.

وقال الربيع: كان الشافعي -رضي الله عنه- يرى القضاء بالعلم، وكان لا يبوح به لقضاة السوء، وقد اختاره المزني، وصححه الجمهور ومنهم[٥] الماوردي والروياني والفوراني، وبعضهم قطع به.

والثاني: لا يحكم؛ لقوله ﷺ: «شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ، لَيْسَ لَكَ إِلَّا ذَاكَ»[٦].

وقد روي عن عمر -رضي الله عنه- «أَنَّهُ تَدَاعَى عِنْدَهُ رَجُلَانِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنَّهُ شَاهِدِي، فَقَالَ: إِنْ شِئْتُمَا شَهِدْتُ وَلَمْ أَحْكُمْ، [وَإِنْ شِئْتُمَا حَكَمْتُ][٧] وَلَمْ أَشْهَدْ»[٨].

ولأن علمه لو أقيم مقام الشاهدين لا يعقد النكاح بحضوره وحده.

وهذا ما قال الرافعي إن الروياني اختاره، وصححه في «الوجيز»؛ لفساد الزمان وتعرض الشبهات[٩] إليه.

وعلى هذا: لو شهد عنده شاهد بما علمه، فهل يقوم علمه مقام شاهد آخر؟ فيه

---

(١) في ص، ع: فيلزمه
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: وسمعه.
(٤) أخرجه أحمد (٣/ ٥)، والترمذي (٤/ ٤٨٣) كتاب الفتن، باب: أخبر النبي ﷺ أصحابه بما هو كائن إلى يوم القيامة، برقم (٢١٩١)، وابن ماجه (٢/ ١٣٢٨) كتاب الفتن، باب: الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، برقم (٤٠٠٧).
(٥) زاد في ص: القاضي
(٦) تقدم.
(٧) في أ، د، ص، ع: أو أحكم.
(٨) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (١٦/ ٣٢٣).
(٩) في ج: الشهادات.

وجهان، أصحهما في «الوسيط»: المنع، قال الإمام: وهو القياس.

والقائلون بالقول الأول أجابوا عن الحديث بأنه ﷺ لم يكن يعلم في تلك الواقعة من المحق منهما.

وعن أثر عمر -رضي الله عنه- بأنه لم يثبت.

وعن النكاح: فالمغلب في حضور الشهود فيه التعبد، والتهمة موجودة فيما إذا قال: ثبت عندي وصح لدي، كذا من غير أن يبين سبب الثبوت، ومع ذلك لا يمنع نفوذ الحكم؛ فدل على عدم تأثيرها في الحكم.

وهذان القولان نص عليهما في «الأم»؛ كما قاله الماوردي.

والثالث: يحكم في غير حدود الله - تعالى - لما ذكرناه، ويدخل في ذلك الزكوات، كما قاله القاضي الحسين، ولا يحكم في حدوده، وهي(١): **حد الزنى، والسرقة، والمحاربة، والشرب**؛ لأنها تدرأ بالشبهات، ومندوب إلى الستر فيها، وقد روي أن أبا بكر -رضي الله عنه- قال: «لَوْ رَأَيْتُ رَجُلا عَلَى حَدٍّ لَمْ أَحِدَّهُ حَتَّى تَقُومَ البَيِّنَةُ عِنْدِي»(٢).

وهذه الطريقة هي التي ذهب إليها الأكثرون؛ كما قال في «الحاوي»، وأن القائل بطرد القولين في الجميع هو ابن سريج وابن أبي هريرة.

وقد رتب المراوزة الخلاف في المسألة، فحكوا في الحكم بالعلم في الأموال قولين، وفي حدود الله -تعالى- قولين مرتبين على [الأولين، وأولى بالمنع، وفى الحدود المتعلقة بالآدمي قولين مرتبين على](٣) [القولين في حدود الله تعالى](٤)، وأولى بالجواز.

أما [إذا علم بوجوب الحق بالخبر المتواتر، فإن قلنا: يقضي بما(٥) علمه بالمشاهدة فهاهنا أولى، وإلا فوجهان محكيان في «النهاية» قبيل باب «كيف تفريق قسم الصدقات»:

---

(١) في ص: وهو.

(٢) أخرجه بنحوه البيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٤٤) كتاب آداب القاضي، باب: من قال ليس للقاضي أن يقضي بعلمه، وذكره الحافظ في التلخيص (٤/ ٤٧٤) وعزاه إلى أحمد بسند صحيح، إلا أن فيه انقطاعًا.

(٣) سقط في ج، د، ص.

(٤) سقط في ص.

(٥) في أ: فيما إذا.

أحدهما: لا كالمعلوم بالمشاهدة.

والثاني: يقضي؛ لأن المحذور [من][١] منع القضاء بالعلم تعرضه للتهمة، فإذا شاع[٢] الأمر زال هذا المعنى.

وأما][٣] الحكم على من لا تقبل شهادته عليه، [أو الحكم][٤] لمن ترد شهادته له - فممتنع قطعًا، وقد أشرنا إليه فيما تقدم.

قال القاضي الحسين وغيره: ولا خلاف أنا وإن قلنا: لا يقضي بعلمه، فلا يسوغ له القضاء بخلاف علمه، وذلك مثل أن يشهد شاهدان على زوجية، والقاضي يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقًا ثلاثًا، أو يشهدا على موت إنسان في تاريخ ذكراه، وهو يعلم أنه كان حيًّا في ذلك الزمان[٥]، أو برِق عبد والقاضي يعلم أنه أعتقه.

وقد نسب بعضهم إلى الإصطخري أنه قال: يتعين القضاء بالعلم في مواضع:

منها: أن يقر عنده أنه طلق امرأته ثلاثًا، ثم يدعي زوجيتها.

ومنها: أن يدعي أن فلانًا قتل مورثه وهو يعلم أنه قتله غيره.

ومنها: أن يدعي رجل أن المرأة التي في يده أمته، ويصدقه على ذلك، والقاضي يعلم أنها ابنته.

وفي «الحاوي»: أنا إذا [لم نجوز][٦] الحكم بالعلم، فأدى عند القاضي شاهدان بما يعلم خلافه، هل يجوز حكمه بشهادتهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الشهادة هي المعتبرة في حكمه، دون علمه، [وهذا يوافقه الوجه الصائر إلى أنه لا يقضي في الجرح بعلمه][٧].

والثاني - وهو أصحح-: لا يجوز؛ لأنه [متحقق لكذبهما][٨].

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أمورًا:

أحدها: أن محل جواز الحكم في القضاء، بالعلم، لا بالظن[٩]، وعليه ينطبق قول

(١) سقط في ص، ع.
(٢) زاد في ص: هذا.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ص، ع: والحكم.
(٥) في، ص، ع: التاريخ.
(٦) في ع: جوزنا.
(٧) سقط في ج، ص، ع.
(٨) في ع: يتحقق كذبهما.
(٩) في ج: بالباطن.

الإمام هاهنا: إنا[(١)] إذا [جوزنا له أن يقضي][(٢)] بعلمه، فذلك فيما يستيقنه لا ما يظنه، وإن غلب على الظن فإن الظنون لها مآخذ لا تستند إلى غيرها. وقوله في كتاب التفليس: ومن لطيف الكلام في ذلك: أن كل ما تستند الشهادة فيه إلى اليقين فلو علمه القاضي بنفسه اختلف القول في جواز قضائه بعلمه، ولو انتهى القاضي فيما لا علم [فيه][(٣)] له إلى منتهى يشهد[(٤)] فيه، كالأصول التي ذكرناها - فلا يحل له القضاء، وإن كان يحل له أن يشهد بما أحاط به وظهر عنده، فليتأمل الناظر في هذا؛ فإنه من أسرار القضاء.

والذي ذكره من الأصول هي الشهادة على أنه لا مال له أو لا وارث له، والشهادة[(٥)] بالتعديل، والشهادة على الأملاك، وقد سئل الغزالي ذلك في قوله: ولا خلاف أنه لا يقضي بظنه الذي لا يستند إلى بينة.

لكن في كلام غيرهما ما ينازع في ذلك، قال الماوردي في كتاب اللقيط: إذا رأى [الشاهد][(٦)] رجلًا يتصرف في دار مدة طويلة من غير معارضة جاز أن يشهد له بالملك على قول، كما يجوز للحاكم أن يحكم به، والحكم أوكد من الشهادة، والثاني: لا يجوز ذلك للشهود وإن جاز للحاكم؛ لأن للحاكم أن يجتهد، وليس للشهود أن يجتهدوا، وليس هذا إلا بناء على جواز القضاء بالعلم، [وهو غير حاصل في هذه الصورة.

وكذلك صاحب «التهذيب» والأئمة - كما قال الرافعي - مثَّلوا القضاء بالعلم][(٧)] الذي هو محل الخلاف: بما إذا ادعى عليه مالًا، وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدعى عليه أقر بذلك، قال [الرافعي][(٨)]: ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت الحكم به وقت القضاء؛ فدل ذلك على أن المراد من [القضاء][(٩)] بالعلم: [ليس اليقين؛ بل الظن المؤكد][(١٠)].

---

(١) في ج: إنه.
(٢) في ج: جاز له القضاء.
(٣) سقط في أ، د، ص.
(٤) في ص: يستشهد.
(٥) في ع: والشاهد.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في ج.
(١٠) في أ، د، ص، ع: الظن الغالب.

[قلت: ولا شك في أن ما قاله الماوردي مخالف لما قالاه، فأما ما ذكره البغوي وغيره فقد يجاب عنه أن يقال: ما أسند القضاء إليه هو الإقرار والإقراض الذي هو السبب، ولا شك في أنهما معلومان؛ فلذلك نفذنا قضاء القاضي إذا كان ذلك مستنده في القضاء التعرف(١) والتسامع ونحوهما؛ فإنه لم يستند إلى معلوم](٢).

[قلت: وسيأتي ما يعضد ذلك.

وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم: أن في موضع من «النهاية»: أن القاضي قال: هل يقضي القاضي بعلمه؟ فيه خلاف، فإن منعناه فهل يقضي بما علمه من أخبار التواتر؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا علمه بالمشاهدة، وأولى بالجواز هاهنا؛ لأنه لا تهمة تلحقه فيما إذا علمه بأخبار التواتر، بخلاف علمه بغيرها؛ فإنه متهم](٣).

الثاني: أنه لا فرق في جريان الخلاف بين أن يكون ما حصل له من العلم قبل ولايته أو بعدها في محل ولايته أو غيره، وهو ما صرح به القاضي أبو الطيب والحسين وغيرهما من الفريقين، لكن هذا اللفظ يشمل(٤) ما إذا كان العلم قد حصل في مجلس الحكم أو غيره، وعليه ينطبق ما حكاه الماوردي عن لفظ الشافعي -رضي الله عنه- في أدب القضاء من الأم، حيث قال: لا يجوز فيه - أي القضاء بالعلم - إلا واحد من قولين:

أحدهما: أن له أن يقضي [بكل ما](٥) علم قبل الولاية وبعدها في مجلس الحكم [وغيره من حقوق الآدميين.

والثاني: لا يقضي بشيء من علمه في مجلس الحكم وغيره](٦) إلا أن يشهد شاهدان على مثل ما علم؛ فيكون علمه وجهله سواء.

وفي «النهاية» و«الإبانة»: أنا إذا قلنا: لا يقضي بعلمه، فأقر شخص على رءوس الأشهاد - حكم عليه قولًا واحدًا؛ فإن الإقرار في محل الحكم حجة ظاهرة، وقال الغزالي: إنه أقوى الحجج. وهذا وجه حكاه الماوردي عن الأكثرين، ومنهم الكرابيسي وابن سريج، مع وجه آخر موافق لمذهب مالك: أنه لا يقضي إذا أقر عنده

---

(١) في أ: التصرف.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في أ، د، ص.
(٤) في ع: يشتمل على.
(٥) في ج: بما.
(٦) سقط في أ.

خصم[1] إلا أن يشهد بإقراره شاهدان؛ كي لا يصير حاكمًا بعلمه، وقد منعناه، وعلى هذا الوجه ينطبق ما حكيته عن البندنيجي وغيره عند قول الشيخ: والمستحب ألا يحكم إلا بمشهد من الشهود. وظاهر النص الذي حكيناه عن «الأم» يدل عليه أيضًا. نعم، الخلاف المشهور فيما إذا أقر عنده سرًّا، هل يحكم به وقد منعنا القضاء بالعلم؛ لأنه حجة، وجملة مجالس القضاء بمثابة مجلسه الذي يتصدى فيه [للقضاء][2]، هكذا وجه الإمام الجواز مع حكمه بتضعيفه، والتوجيه المذكور يعرفك أن المراد بالسر: ما إذا أقر من محل ولايته لا في مجلس الحكم، وقد أشار الماوردي إلى تلخيص محل الخلاف في الإقرار في مجلس الحكم في موضعين من «الحاوي»:

أحدهما: في كتاب الأقضية حيث قال: إذا ادعى رجل على رجل حقًّا، فأجاب[3] المدعى عليه بالإقرار قبل سؤال القاضي صار القاضي حاكمًا فيه بعلمه، فإن منع من الحكم بالعلم لم يجز أن يحكم به عليه إلا أن يقر بعد سؤاله.

والثاني: في كتاب الإقرار حيث قال: لا يصح الإقرار إلا بأربعة شروط، الشرط الرابع [منها][4]: وهو المقر عنده، وهو من يصير الحق به محفوظًا، وهو أحد نفسين: إما حاكم ملزم، أو شاهد متحمل[5]، فإن كان الإقرار عند حاكم، فمن شرطه: أن يكون بعد سماعه الدعوى عليه، فإن أقر قبل سماع الدعوى أو من غير دعوى، ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح، وحكاه ابن المنذر عن الشافعي، رضي الله عنه.

والثاني: لا يصح.

قال: ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجًا من اختلاف قوليه: في أن الحاكم هل له أن يحكم بعلمه أم لا.

الثالث: أنه لا فرق فيما جرى الخلاف فيه بالقضاء بالعلم بين شيء وشيء، وقد قال العراقيون - كأبي الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم-: إنه يقضي في الجرح والتعديل بعلمه وجهًا واحدًا، حتى قال الماوردي عند الكلام في البحث عن

---

(١) في ص: الخصوم
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ، د، ص، ع: إن أجاب.
(٤) سقط في ج.
(٥) في أ: محتمل.

حال الشهود: إن هذا مما لم[١] يختلف فيه مذهب الشافعي، رضي الله عنه.

وهذا الذي وعدنا من قبل أنه يدل على أن المراد بالعلم: الظن المؤكد؛ لأن العدالة لا تعلم يقينًا.

وبعض المراوزة لما نظر إلى ذلك، ونظر إلى أنه لا يحكم إلا بما علمه - منع القضاء بالتعديل، إلا بعد تزكية شاهدين، وهذا ما حكيته عن رأي الإمام في كتاب التفليس، والقاضي الحسين رأى تخريج الحكم بالعدالة على القضاء بالعلم، وفي «الذخائر» طرده في الحكم بالجرح أيضًا، وقد حكى الماوردي [هذا طريقة][٢] في كتاب الشهادات عند الكلام في حرية الشاهد، حيث قال: وكان بعض أصحابه - يعني[٣] الشافعي، رضي الله عنه يقول: هل يحكم بعلمه في الجرح والتعديل أم لا؟ فيه قولان.

واعلم أن الماوردي قال هاهنا: إنا إذا جوزنا القضاء بالعلم كان نفوذه معتبرًا بشرطين:

[أحدهما:][٤] أن يقول للمنكر: قد علمت أن له عليك ما ادعاه.

والثاني: أن يقول: وحكمت عليك بعلمي، فإن اقتصر على أحد الشرطين وأغفل الآخر [لم ينفذ حكمه][٥] قال: **وإن سكت المدعى عليه ولم**[٦] **يقر ولم ينكر**، أي: ولا صمم به ولا خرس - **قال**[٧] **له الحاكم: إن أجبت وإلا جعلتك ناكلًا**؛ تنبيهًا له على الحكم.

قال: **ويستحب أن يكرر [ذلك عليه]**[٨] **ثلاثًا**، أي: ويعرفه أن حكم النكول استيفاء الحق بيمين المدعي؛ لاحتمال أن يكون قد لحقه دهش أو لا يعرف حكم النكول.

قال: **فإن أجاب وإلا جعله ناكلًا**، [أي][٩] بأن يقول: قضيت عليك بالنكول، أو يقول للمدعي: احلف، وحينئذ إذا حلف قضى له، قال في «المهذب»: لأنه لا يخلو

---

(١) في أ، ع: لا.
(٢) في ص، ع: هذه الطريقة.
(٣) زاد في ص: عن.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: جاز ثم بياض.
(٦) في التنبيه: فلم.
(٧) في التنبيه: فقال.
(٨) في التنبيه: عليه ذلك.
(٩) سقط في أ.

إذا أجاب من أن يقر أو ينكر، فإن أقر فقد قضى عليه بما يجب على المقر، وإن أنكر فقد وصل إنكاره بالنكول فقضينا عليه بما يجب على المنكر إذا نكل عن اليمين، وقد تقدم فيما يتم به النكول عن اليمين [كلام][1] هو بعينه جار هاهنا فيما فهمته من كلامهم، وقد أشار إليه الماوردي - أيضًا - حيث قال: من امتنع عن الإقرار والإنكار قد يقول: لا أقر ولا أنكر، أو يسكت فلا يجيب؛ فيجري عليه حكم الناكل[2].

وقال الإمام في باب الامتناع من اليمين: إنه إذا سكت ولم يجب المدعي، قال له: أجب فليس بك بكم ولا صمم، فإن تمادى على سكوته جعل ذلك إنكارًا في حكم عرض اليمين، ثم يعرض اليمين، ويجعل التمادي على السكوت نكولًا عن اليمين إذا لم يظهر عنده سبب مسكت.

وهذا معنى قول الغزالي: أما السكوت فهو قريب من الإنكار.

أما الأصم أو الأخرس إذا كانت له إشارة مفهمة فهو كالناطق، وإن لم تكن قال في «الحاوي»: فهو كالغائب؛ فيجري عليه حكم الغائب.

ولا يجوز القضاء بالنكول عندنا [من غير يمين المدعي][3] إلا في مسائل نذكرها - إن شاء الله تعالى - في باب اليمين في الدعاوى على خلاف فيها.

قال: **وإن قال: لي حساب أريد**[4] **أن أنظر فيه، لم يلزم المدعي إنظاره**؛ لأن فيه تأخيرًا لحقه، وهذا قد حكاه الإمام هنا وفي كتاب الإقرار، ولم يحك سواه، ومقتضى ما حكيناه عن «المهذب» وغيره من إمهاله[5] في اليمين ثلاثة أيام بعد [إنكاره للحق][6]، أن يمهل هاهنا ذلك أيضًا. وذكر القاضي أبو سعد[7] أنه يمهله إلى آخر المجلس إن شاء.

قال: **فإن**[8] **قال: برئت إليه مما يدعي أو قضيته، فقد أقر بالحق**؛ لأن البراءة إليه والقضاء فرع ثبوت الحق؛ فكان دعوى ذلك إقرارًا به.

قال: **ولا يقبل قوله في البراءة والقضاء إلا ببينة**؛ لأن إسقاط حق غيره [عنه][9]

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ج: النكول.
(٣) سقط في ج.
(٤) في التنبيه: وأريد.
(٥) في ع: إنظاره.
(٦) في ج: إنكار الحق.
(٧) في ص، ع: سعيد
(٨) في التنبيه: وإن.
(٩) سقط في ص.

بقوله غير جائر، وما حكاه الشيخ[١] من قوله: برئت إليه منه، هو ما أورده البندنيجي، وادعى في «الإشراف» أنه الذي ذكره[٢] عامة أصحابنا.

وفي «البحر» أنه إذا قال: برئت إليه من هذا المال، قال ابن أبي أحمد: مذهب الشافعي -رضي الله عنه- أنه يسأل[٣] عنه، فإن قال: قضيت، كان إقرارًا، وحلف المدعي بالله ما اقتضاه، وإن قال: برئت إليه بأن حلفت له أو أقمت بينة على إقراره فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، ولم يجعل قوله: برئت إليه من هذا المال، [إقرارًا بالمال][٤].

وفي «الإشراف» أن صاحب «التلخيص» - وهو ابن أبي أحمد - قال: إن مذهب الشافعي -رضي الله عنه- أن هذا ليس بإقرار إلا أن ينويه، وهذا بخلاف قوله: أبرأني من هذا المال؛ فإنه إقرار به على الأصح؛ كما قدمت حكايته في كتاب الصلح من هذا الشرح، قال القاضي الطبري - كما حكاه في «البحر»-: ويمكن أن يفرق؛ فإن قوله: أبرأني يقتضي ثبوت المال قبل إبرائه؛ لأن ما يبرأ منه بإبرائه هو المال الثابت. وأما قوله: برئت إليه، أو: عندي براءة من هذا المال، يحتمل أن يكون قد حلف له على إنكاره أو غير ذلك؛ فرجع في تفسيره إليه.

وفي «الإشراف» ما يقتضي أن قوله: برئت إليه، مرادف لقوله: قضيته؛ فإنه قال: لو شهد شاهد أن رب الدين[٥] استوفى منه الدين، وشهد شاهد بأن الغريم برئ منه إليه - أي: برئ من الدين إلى من له الدين - أن المصنف قال: يجمع بين الشهادتين؛ لأنه أضاف [البراءة][٦] إلى الغريم؛ وذلك عبارة عن فعل الإيفاء والإقباض؛ ألا ترى أنه لو قال رب الدين: برئ الغريم منه إليّ، كان إقرارًا بالقبض؟! وحينئذ فيكون كلام الشيخ منطبقًا على هذا، لكن الظاهر من كلام الشيخ [أن][٧] قوله برئت إليه مما يدعي، أو: قضيته، لفظان متباينان لا مترادفان، وهذا قريب، وما حكاه الشيخ في حالة قول المدعى عليه: قضيته، هو ما حكاه البندنيجي وابن الصباغ في أواخر[٨] باب

---

(١) زاد في ص: في المهذب.
(٢) في ج: عليه.
(٣) في ج: يسأله.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: المال.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ص، ع: آخر.

الدعوى على كتاب أبي حنيفة عن الشافعي -رضي الله عنهما- ثم قالا: وهذا[١] [على أصح][٢] القولين [فيما][٣] إذا قال: لفلان عليّ ألف قضيتها، فهل يقبل قوله في القضاء أم لا؟ وهذا الذي قالاه يدفع الفرق [الذي يطلب][٤] بينهما، والله أعلم.

قال: وإن قال: لي بينة قريبة بالقضاء والإبراء[٥]، **أمهل ثلاثة أيام**؛ لأن هذه مدة قريبة لا يعظم الضرر فيها، ومقيم البينة يحتاج إلى مثلها لاستيثاق الشهود والفحص عن غيبتهم وحضورهم واستحضار الغائب منهم.

وعن القاضي الحسين: أنه لا يمهل أكثر من يوم واحد؛ لأنه يشبه أن يكون متغيبًا.

قال: وللمدعي ملازمته حتى يقيم البينة؛ لأن حقه ظهر، ومعنى الملازمة: ألا يفارقه، فإذا أراد الدخول إلى منزله دخل معه إن أذن له، وإن لم يأذن [له][٦] منعه من الدخول، كذا رأيته منسوبًا لحكاية الروياني في «الروضة»، وليس ببعيد.

فرع: من عليه دين في الظاهر لغائب ولم يطالب به، وله حجة على الإبراء، وأراد أن يقيمها - هل له ذلك؟

قال في «التتمة» في كتاب اللعان في ضمن فرع أوله: إذا ثبت عليه الحد ولم يطالبه[٧] به - ما يقتضي الجزم بالسماع.

والذي أورده الماوردي عند الكلام في كتاب قاض إلى قاض: عدم السماع، وطرده فيما إذا ادعى القبض، أو ادعى أنه اشترى شقصًا مشفوعًا، وأراد إقامة البينة على العفو][٨] عن الشفعة، أو ادعى أنه اشترى شيئًا وأراد إقامة البينة على إقباض الثمن، أو ادعت امرأة أن زوجها طلقها وأنها ليست آمنة أن يتعرض لها، وأرادت إقامة البينة على ذلك، وكذا قال فيما لو ادعت ذلك والزوج حاضر ولم يخالطها، وحكى وجهين في السماع فيما إذا ادعت ذلك [وكان][٩] الزوج غائبًا، وأرادت الخروج إلى البلد الذي[١٠] الزوج [فيه][١١].

---

(١) زاد في أ، د، ص، ع: فهو.
(٢) في ص: الأصح.
(٣) سقط في أ، ص، ع.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ج: أو الإبراء.
(٦) سقط في أ، د، ص.
(٧) في أ، د، ص، ع: يطالب.
(٨) سقط في ع.
(٩) سقط في ع.
(١٠) في ج، د، ص، ع: التي.
(١١) سقط في ص، وفي ج، د، ع: فيها.

وقال القاضي الحسين في «فتاويه»: والحيلة فيما إذا أراد أن يقيم البينة على البراءة(١) قبل الدعوى: أن ينصب مسخرًا(٢) يدعي على من عليه الدين بأن لي على فلان كذا، أو أن له في ذمة هذا كذا، فَمُرْهُ يسلمه إليَّ، فيدعي من عليه الدين الإبراء منه ويقيم البينة عليه - فإن القاضي يسمعها، ويكتب له كتابًا إلى قاضي البلد الذي فيه رب الدين بسماع البينة، أو الحكم إن كان قد حكم.

قال: **وإن لم [يكن(٣) له](٤) بينة حلف المدعي**؛ أي: عند طلب المدعى عليه يمينه **إنه ما برئ [إليه](٥) منه ولا قضاه، واستحق**، أي: القبض؛ لأن ما ادعاه محتمل، واليمين تعتمد الاحتمال.

وهكذا الحكم فيما لو قامت عليه البينة بالدين، ولم يقض بها بعد، فادعى أنه برئ إليه منه، أو قضاه قبل إقامة البينة أو بعدها، وطلب يمينه عند الإنكار؛ لأن الحق في هذه الحالة يصير الحكم به بالإقرار لا بالبينة؛ لأنها تسقط بالإقرار قبل الحكم، وهذه الصيغة قد قررنا أنها تتضمن الإقرار، صرح به القاضي الحسين. نعم، لو كانت الدعوى بعد القضاء بالبينة نظر: فإن كانت دعوى القبض قال القاضي الحسين: فحق على القاضي ألا يصغي إلى قوله؛ لأن القضاء بشهادة الشهود ألزمه الحق، وإن كانت دعوى البراءة سمعت؛ لأنه ليس في ذلك تكذيب للشهود؛ لأنهم يشهدون على الظاهر.

قلت: وقياس هذه العلة أن تسمع دعوى القبض أيضًا.

ولو كان المدعى عليه قد أجاب المدعي بدعوى البراءة من المال، وقلنا بالصحيح: إنه يكون مقرًّا به، وكذبه المدعي، وطلب يمينه، قال الشافعي -رضي الله عنه-: يحلف بالله: إن هذا الحق(٦) - ويسميه تسمية يصير بها معلومًا - لثابت عليه، ما اقتضاه ولا شيئًا منه، ولا اقتضاه [من](٧) مقتض بأمره ولا بغير أمره فوصل إليه، ولا أحال به ولا بشيء منه، [ولا أبرأه منه ولا من شيء منه. وزاد في «الأم»: ولا كان منه ما يبرأ به من دينه ولا من شيء منه](٨). وعنى به صدور جناية أو إتلاف(٩) بقدر

---

(١) في أ، ع: المرأة.
(٢) زاد في أ، د، ص، ع: و.
(٣) في التنبيه: تكن.
(٤) في ج: يلزمه.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: المال.
(٧) سقط في أ، ص، ع.
(٨) سقط في ج.
(٩) زاد في أ، ص: لمال، وزاد في ع: المال.

دينه، قال في «المختصر» و«الأم»: وإنه لثابت عليه إلى أن حلف هذه اليمين.

قال أبو إسحاق المروزي: هذا إذا ادعى البراءة مطلقًا، أي: مثل أن قال: برئت[(١)] من حقه، فإن ادعى البراءة بجهة معلومة، أي: مثل أن ادعى[(٢)] أنه استوفى حلف: إنه ما استوفى فقط.

قال في «الشامل»: وقال أصحابنا: يمكنه أن يجمع ذلك بأن يحلفه: إنه لم يبرأ من ذلك الحق بقول ولا فعل، ولو أحلفه: ما برئت ذمته من ذلك ولا من شيء منه، أو: ما برئت ذمته من ذلك الحق - كفاه، وما ذكره الشافعي -رضي الله عنه- تأكيد. وظاهر [هذا][(٣)] اللفظ يقتضي الجزم بعدم ذكر الجهات عند دعوى البراءة بجهة معينة، وذكر خلاف في وجوبها عند إطلاق دعوى البراءة [، وقد قال البندنيجي والماوردي: إنه لا خلاف عند إطلاق دعوى البراءة][(٤)] أنه لا يجب التعرض لقوله: وإن حقى لثابت[(٥)] عليه إلى أن حلف[(٦)] هذه اليمين. وحكاية الخلاف فيما عدا ذلك. قال الماوردي: والأكثرون على الاشتراط. وحكى عند تعيين جهة البراءة وجهين في أن يمينه تكون مقصورة على النوع الذي ادعاه، أو مشتملة على غيره من الأنواع، والأصح: الأول، وظاهر ما أطلقه الشافعي -رضي الله عنه-: الثاني، وعلى هذا: هل تكون واجبة أو احتياطًا؟ فيه الوجهان المذكوران.

ثم ما ذكره الشيخ من توقف الاستحقاق على الحلف هو نظر المشهود فيما إذا ادعى أنه أبرأني من الحق: أنه لا يستحق القبض ما لم يحلف على نفي البراءة، وإلا فقد حكي عن القاضي الحسين في مسألة دعوى البراءة: أن الحق يستوفى أولًا، ثم يحلف إن شاء المدعى عليه، فإن هذه دعوى جديدة، وقال في «الوسيط»: إنه بعيد. وهو على بعده يظهر جريانه في مسألتي الكتاب، وعلى الأول قال الرافعي: إن هذا يخالف ما إذا قال المدعى عليه لوكيل المدعي: قد أبرأني موكلك؛ حيث يستوفى منه الحق، ولا يؤخر إلى حضور الموكل وحلفه؛ لعظم الضرر في التأخير، وهنا التحليف متيَسّر في الحال.

---

(١) زاد في ص: إليه.
(٢) في ج: قال.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ج: ثابت.
(٦) في ج: حلفت.

ولو كان المدعَى عينًا، فقال المدعى عليه للمدعي: قد بعتها مني أو وهبتها، فكذبه، وأراد المدعى عليه إقامة البينة على ذلك - فعلى طريقة القاضي: تنزع العين من يده وتسلم للمدعي، ثم يقال للمدعى عليه: أثبت ما ادعيته واستردها.

وعن الصيدلاني وغيره: أن بينة الشراء لو كانت حاضرة لم تُزَل يده، فإن استحقاق المدعى في الحال لا يتحقق. نعم، لو كانت غائبة فقال: لا تزيلوا يدي وأمهلوني ثلاثة أيام لأقيم البينة(١)، قال الإمام: فلا يمهله بلا خلاف.

قال: وإن ادعى على ميت، [أي](٢): ولا وارث له معين، أو غائب، أي: عن البلد إلى(٣) مسافة القصر، ولا وكيل له حاضر أو وصي(٤)، أي: لا(٥) نائب له، كما قيده الإمام، أو مستتر(٦) **في البلد وله بينة - سمعها الحاكم**؛ للإجماع.

[قال](٧): وحكم بها:

أما في الميت والصبي فبالاتفاق منا ومن الخصم - وهو أبو حنيفة - وفي معناهما المجنون، وكذا الأخرس الذي لا تفهم إشارته؛ كما ذكره في «الإشراف».

وأما في الغائب والمستتر؛ فلقوله -تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةً فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]، وما شهدت به البينة على الغائب والمستتر حق؛ فوجب الحكم به.

ولأن هند بنت عتبة زوجة أبي سفيان بن حرب أتت رسول الله ﷺ فقالت: «إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيْحٌ لَا يُعْطِيْنِي مَا يَكْفِيْنِي وَوَلَدِي، إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ سِرًّا، فَهَلْ عَلَيّ فِي ذَلِكَ مِنْ حَرَجٍ؟ [فَقَالَ لَهَا](٨): خُذِيْ مَا يَكْفِيْكِ [وَوَلَدَكِ](٩) بِالْمَعْرُوْفِ»(١٠)، وهذا قضاء منه ﷺ على غائب؛ لأن أبا سفيان لم يحضر، ولم تكن فتوى؛ لأنه قال لها: «خذي»، ولو كان فتوى لقال [لها](١١): لا بأس عليك ونحوه. وقد قام علمه ﷺ بأنها زوجته مقام البينة.

---

(١) في أ، ص: بينة علي الشراء، وفي ع: عليه في الشراء.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ج: علي.
(٤) في التنبيه: صبي.
(٥) في ع: بلا.
(٦) في د، ص، ع: مستقر.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج: قال.
(٩) سقط في أ.
(١٠) تقدم.
(١١) سقط في أ، ص، ع، ج.

ولأن في الامتناع من القضاء على الغائب والمستتر إضاعة للحقوق التي ندب الحكام [إلى حفظها][(١)]؛ لأنه لا يعجز الممتنع من[(٢)] الوفاء عن الغيبة والتستر، والشرع يمنع من ذلك.

وأيضًا: فبالقياس على الميت، والصبي، والمجنون، والجامع: تعذر الجواب من المدعى عليه، وإلى هذا أشار الشيخ بجمعه بين الصور الأربع في الحكم.

[وألحق][(٣)] القاضي الحسين بحال الغيبة التي يسمع فيها الدعوى: ما إذا أحضر الخصم خصمه إلى المجلس، ثم هرب قبل أن يسمع الحاكم البينة عليه، أو بعدما سمعها، وقبل أن [يحكم؛ فإنه][(٤)] يحكم عليه[(٥)]، وادعى [أن هذا][(٦)] لا خلاف فيه.

قال: وحلف[(٧)] **المدعي**، أي: قبل الحكم إن كان هو المستحق؛ لأنه [هو][(٨)] المنقول عن الأصحاب.

والاعتذار عن الشيخ: أن الواو لا تقتضي الترتيب على الصحيح.

قال: **إنه لم يبرأ إليه** [منه][(٩)]، **ولا من شيء منه**؛ احتياطًا للمحكوم عليه لأجل عجزه عن الجواب؛ فإنه لو كان قادرًا عليه فربما كان قد ادعى ما يبرئه، ودعواه مسموعة؛ لأنها لا تنافي ما شهدت به البينة. ووراء ما ذكره الشيخ أمور [أخر][(١٠)]:

أحدها: حكى الغزالي وجهًا: أن المتواري والمتعذر لا يجعل كالغائب في سماع الدعوى عليه؛ كما [أن][(١١)] منع المهر [والثمن][(١٢)] لا يلحق بالإفلاس على وجه. وهذا معزي [إلى القاضي][(١٣)] الحسين، ورأيته في «تعليقه»، وسنذكر عند الكلام في الاستعداء [شيئًا يتعلق][(١٤)] به.

الثاني: إذا سمعنا البينة على المستتر، وجوزنا القضاء عليه - ففي «الحاوي» عند

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ، د، ص، ع: عن.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ع.
(٥) زاد في ع: قبل الحكم.
(٦) في ص: أنه.
(٧) في التنبيه: وأحلف.
(٨) سقط في أ، ص، ع.
(٩) سقط في التنبيه.
(١٠) سقط في أ، ص، ع.
(١١) في ع: لو.
(١٢) في ع: الثمين.
(١٣) في ج: للقاضي.
(١٤) في ع: أشياء تتعلق.

الكلام في الاستعداء: أنه لا يحلف المدعي؛ لأن الخصم قادر على الحضور. وهذا ما حكاه الرافعي عن[1] «العدة».

الثالث: حكى صاحب «الإشراف»، وغيره: أن [أبا][2] حنيفة [قال][3]: «لا يقضي على الغائب وإن جوزنا[4] سماع البينة لأجل[5] نقلها إلى حاكم آخر، إلا إذا اتصل بحق حاضر»، وأن أبا سعيد قال: هذا قول الشافعي؛ لأنه علق[6] القول في ذلك.

وفي «النهاية»: أن صاحب «التقريب» حكى في مواضع من كتابه قولًا غريبًا للشافعي -رضي الله عنه- في منع القضاء على الغائب، رواه حرملة عنه.

فإن كان هذا [القول][7] مطلقًا فقد حصل في القضاء على الغائب ثلاثة أقوال، وأصحها: ما في الكتاب، وعلى هذا: فهل اليمين التي تشرع في ذلك وما ذكر معه -كما سنصفها[8]- واجبة حتى تكون ركنًا في القضاء، أم[9] مستحبة؟ المشهور: أنها واجبة في الصور كلها، وفي «الإشراف» حكاية رواية[10] ثانية؛ ادعى في موضع آخر منه أنها قول غريب: أن اليمين لا تجب فيما ذكرناه، بل تستحب؛ لأن دعوى الإبراء أو الأداء إن كانت فهي[11] دعوى جديدة لا تفوت.

والإمام حكى عن [رواية القاضي الوجهين عن الأصحاب في أن اليمين [التي][12] سنصفها عن][13] روايته ورواية القاضي الحسين من بعد - في حق الغائب - وقال: إن الثاني[14] هو الأصح، وهو[15] الذي قال القاضي الحسين في «تعليقه»: إنه الأظهر، وإن الوجهين يقربان من أن التغليظ بالزمان والمكان هل يكون واجبًا أو مستحبًّا؟ وفيه[16] وجهان، ووجه التقريب: أن الزمان والمكان تأكيد لليمين، واليمين في مسألتنا تأكيد للبينة.

---

(١) في أ: في.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ع.
(٤) في أ، ع: جوز.
(٥) في ج: لا يحل.
(٦) في ع: على.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ج: سنصفه.
(٩) في ع: أو.
(١٠) في ع: وجه.
(١١) في أ: ففي.
(١٢) سقط في ع، ج.
(١٣) سقط في ع.
(١٤) في أ، ص: الأول.
(١٥) في ع: وهذا.
(١٦) في أ: فيه.

وقال الرافعي في باب الدعاوى والبينات: إنه يمكن بناء الوجهين على الوجهين في أن دعوى المدعى عليه بعد الحكم عليه الإبراء من الدين أو قبضه [منه][1] أو هبته[2] العين المدعى [عليه][3] بها قبل شهادة الشهود بذلك، هل تسمع [كما يسمع قبل][4] حكم الحاكم عليه؟ فإن قلنا: تسمع دعواه بعد الحكم، فالتحليف مستحب، وإن قلنا: لا تسمع - كما هو الأصح في «التهذيب» فواجب؛ كي لا يفوت بالحكم عليه الدعوى، وبالتحليف أن لا تجعل الغيبة عذرًا مانعًا من الفوات.

قلت: ولو صح هذا البناء للزم إذا حكم الحاكم بعد الاستخلاف، وقدم الغائب، وبلغ الصبي - ألا يكون على حجته، وقد اتفقوا على أنه على حجته.

ثم قال الإمام: وقد قال الأئمة: إن من ادعى على صبي أو مجنون أو ميت، ولا نائب لهم، فإذا أقام البينة فلا بد من التحليف؛ كما ذكرنا في القضاء على الغائب، والذي أراه: أن التردد الذي ذكره القاضي في أن اليمين احتياط أم[5] وجوب، لا يجري في هذه المسائل؛ فإنا نتوقع من المدعى عليه إذا انتهى إليه كتاب القاضي إلى موضعه أن يدعي بنفسه، وهذا لا يتحقق في الصبي والميت والمجنون، وحكم نفوذ القضاء إيصال الحق إلى مستحقه، وعلى هذا جرى في «الوسيط»، وحينئذ فيحصل في المسائل طريقان في إيجاب التحليف أو استحبابه:

إحداهما: حكاية الخلاف في الجميع، وهي المذكورة في «تعليق» القاضي الحسين، والأصح منه - وبه جزم الماوردي والبندنيجي وغيرهما-: الوجوب.

والثانية: حكاية الخلاف في حق الغائب، وفي معناه: المستتر، والقطع بالوجوب فيمن عداهما، والله أعلم.

واعلم أن فيما ذكره الشيخ من كيفية التحليف نظرًا؛ لأنا قدمنا في معنى قوله: برئت إليه مما يدعي، وجهين:

أحدهما: أنه بمعنى: قضيته، وعلى هذا لا ينبغي أن يكتفى بذلك، لأنه لا يلزم من كونه ما قضاه أن يكون مستحقًّا له؛ لأن أسباب الإسقاط أعم من ذلك؛ فلا احتياط [إذن][6].

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ص: هبة.
(٣) سقط في أ، ج، د، ع.
(٤) سقط في ع.
(٥) في أ، د، ج، ع: أو.
(٦) سقط في ص.

والثاني: أنه يحتمل القضاء، ويحتمل التحليف على عدم الاستحقاق، ويحتمل إقامة البينة على إقرار المدعي كما حكيناه عن ابن القاص، وعلى هذا أيضًا لا يقع الاحتياط بالاقتصار عليه.

لكن قد حكى ابن أبي الدم عن «تعليق» القاضي أبي الطيب: أن الحي إذا ادعى البراءة مطلقًا، فيمكن حصر الألفاظ التي ذكرها الشافعي -رضي الله عنه- بقوله: والله ما برئ إليَّ من الحق، ولا من شيء منه بقول ولا فعل، وإذا كان هذا كافيًا في حق الحي، فكذلك في حق الميت، والذي قاله البندنيجي: أنه يحلف في حق الغائب والهارب عن مجلس الحكم: إن حقه الذي شهد له الشاهدان به ثابت عليه إلى وقتنا هذا. وكأنه -والله أعلم- أراد بهذا التحليف على استمرار ثبوت الحق، لا لثبوت أصل الحق؛ لأن أصل الحق قد قامت به البينة، والتحليف مع قيام البينة على أصل الحق لا يسوغ عندنا؛ لأن فيه قدحًا [في البينة][(١)].

والذي قاله الماوردي عند الكلام في كتاب القاضي: أنه يحلف في حق الغائب والصبي والمجنون والميت: بالله ما قبض الحق ولا شيئًا منه، ولا أبرأه منه[(٢)]، ولا من شيء منه [، ولا برئ إليه منه ولا من شيء منه، وإن حقه لثابت عليه. وأقل ما يجزئه أن يحلفه[(٣)]: إن حقه هو الثابت عليه.

وأبلغ من ذلك ما حكاه [الإمام][(٤)] والقاضي الحسين أنه يستظهر في تحليفه بالاحتياط التام، فيحلفه: ما أبرأه[(٥)] من حقه][(٦)]، ولا من شيء منه، ولا أحد بأمره، [ولا اعتاض عنه ولا عن شيء منه، ولا أحد بأمره][(٧)]، ولا أحال به ولا بشيء منه، ولا أحد بأمره، وإنه يلزمه تسليم المدعَى [به][(٨)] إليَّ، وإن شهوده شهدوا له بالحق.

وقد حكى الغزالي التعرض [بتصديق الشهود وجهًا أشعر إيراده بضعفه، وهو فيه

---

(١) في ج: للبينة.
(٢) في أ: من حقه.
(٣) في ع: يحلف.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ج: أبرأ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في أ، د، ص.

متبع الإمام[١]؛ فإنه قال: والتعرض][٢] لتصديق الشهود فيه بعد عندنا. نعم، قد يشترط ذلك على مذهب إذا كان يحلف مع الشاهد الواحد؛ [لأن الشاهد][٣] الواحد ليس ببينة، والبينة في مسألتنا كاملة. وهذا من الإمام مشعر بجواز القضاء على الغائب ومن في معناه بالشاهد واليمين، وقد صرح به [البغوي][٤] والرافعي وغيرهما، لكنهم قالوا: هل يكتفى بيمين واحدة أم لا بد من يمينين: يمين لتكملة[٥] البينة، ويمين للحكم[٦]؟ فيه وجهان، أشبههما: الثاني، وهو الذي اختاره ابن أبي الدم [؛لأن الثبوت قبل الحكم، والثبوت يتوقف على اليمين أولًا، وكلام الإمام يقتضي الميل إلى الأول فتأمله، وقد قال ابن أبي الدم][٧]: إن الشيخ أبا علي قال: إنه الأصح [، وإن الغزالي أجاب به في «الفتاوي».

ثم قال الإمام: وقد يعرض في التفريع على الوجه الأصح][٨] - يعني: في كون التحليف واجبًا - الاكتفاء بتحليفه على أنه يستحق[٩] الحق الآن، من غير بسط في ذكر الجهات.

قلت: وهذا الاحتمال هو ما حكيناه عن البندنيجي والماوردي، وهو المذكور في «التهذيب»، وبه يحصل في إيجاب البسط على النحو السابق وعدمه خلاف، ويشبه أن تكون مادته مأخوذة من الخلاف الذي حكيته عن أبي إسحاق وغيره في المسألة السابقة عند دعوى الحي البراءة مطلقًا؛ لأنا نقدر أن الغائب ومن في معناه لو كان حاضرًا فربما ادعى البراءة مطلقًا.

وعلى قول عدم إيجاب البسط سؤال أشار إليه ابن أبي الدم، وهو أن الحي إذا قامت عليه بينة بحق، فطلب يمين المدعي على الاستحقاق - لا يجاب إلى ذلك؛ فكذلك ينبغي أن يكون حكم من قام مقامه. وأشار إلى جواب عنه فيما إذا كان الشهود قد شهدوا على الإقرار بالحق: بأن الحي لو ادعى أن شهادتهم عليه حق، لكنه أقر - بناء على الصك على العادة - على أنه يقبضه، فإن [في][١٠] تحليف المدعي

(١) في ص: للإمام.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ع: أن يسأل قبل.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ج: لتكميل.
(٦) في ج: لتكميل الحكم.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ، ص: استحق.
(١٠) سقط في ج.

خلافًا، والأصح: التحليف، فعلى هذا وجب على القاضي التعرض لذلك، والله أعلم.

أما إذا كان للميت وارث معين، فالتحليف موقوف على طلبه، صرح به المصنف والبغوي وغيرهما.

ولو كانت الغيبة [إلى][١] مسافة قريبة، ففي «التهذيب»: أن الصحيح من المذهب: أنه لا يجوز القضاء عليه وسماع الدعوى من غير إحضاره، وعلى هذا[٢] ففي حد القرب وجهان:

أحدهما: ما دون مسافة القصر.

والثاني: مسافة العدوى.

ومن أصحابنا من قال: يجوز القضاء عليه وسماع الدعوى [عليه][٣] من غير إحضاره، وهذا ما حكاه في «البيان» عن العراقيين، حيث قال: ولم يشترط العراقيون في الغيبة حدًّا، وإنما اشترطوا خروجه عن البلد لا غير. و[عليه ينطبق ما][٤] سنذكره من إطلاق الماوردي عند الاستعداء.

ولو كان للغائب وكيل لم يحتج المدعي إلى ضم اليمين إلى البينة، وكان القضاء مجمعًا عليه.

وفي «الرافعي» أن لأبي العباس الروياني جوابين في هذه الحالة في أن اليمين هل تتوقف على طلب الوكيل أو لا تتوقف؟ وأنهما جاريان في المترد إذا كان له وكيل.

لكن المشهور الأول، وقد بنى الأصحاب عليه: أن شخصًا لو قال لشخص: أنت وكيل فلان الغائب، ولي عليه كذا، فأدعي [عليك][٥] وأقيم[٦] البينة في وجهك، فإن علم أنه وكيل وصدقه، وأراد ألا يخاصمه - فليعزل نفسه، وإن لم يعلم فينبغي أن يقول: لا أعلم أني وكيل، ولا يقول: لست بوكيل، فيكون مكذبًا لبينة عساها تقوم [على الوكالة][٧]، وهذا بناء على أنه لو صدقه كان له المخاصمة[٨]، وقد حكيت في كتاب الوكالة [فيه][٩] خلافًا؛ فليُطلبْ منه.

---

(١) سقط في ع.
(٢) في ص: ذلك.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في ج.
(٦) زاد في أ، عليك.
(٧) في ج: بالوكالة.
(٨) في ص: المحاكمة.
(٩) سقط في أ.

وهل للمدعي إقامة البينة على وكالته عند الإنكار؛ ليحصل له ما ذكرناه من الفائدة؟ فيه وجهان، ظاهر كلام أبي عاصم العبادي: نعم، قال الرافعي: والأظهر المنع؛ لأن الوكالة حقه، فكيف تقام البينة عليها[١] قبل دعواه؟!

ولو كان المدعي وكيلًا وموكله حاضرًا فهو الحالف، ولو كان غائبًا - أيضًا - ففي «الوسيط» وغيره: أنه يحكم من غير يمين؛ لأن الوكيل لا يمكن تحليفه، وإيقاف الحكم على حضور الموكل وحلفه فيه إضرار، وهذا قياس قول القفال في المسألة المشهورة، وهي أن مستحق الحق لو وكل وكيلًا، فأتى موضع الخصم الغائب، وأثبت الوكالة[٢]، فقال المدعى عليه: إن موكلك قد أبرأني أو استوفى؛ فلا يلزمني تسليم ما أقمت البينة عليه ما لم يحلف موكلك. فتوقف فيها فقهاء[٣] الفريقين بمرو، فاستدرك عليهم الشيخ القفال، وقال: يقضي[٤] على المدعى عليه بموجب البينة، ثم إن كانت له دعوى فتسمع في وجهها على الموكل؛ لأنا لو سلكنا هذا المسلك، لانقطعت الوسائل والذرائع إلى استيفاء الحقوق بطريق التوكيل.

قال الرافعي: وقد وجدت في «تعليق» الشيخ أبي حامد مثل هذا الجواب في باب الوكالة.

قلت: وهو كذلك في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل».

نعم، لو قال المدعى عليه للوكيل: أنت تعلم أن موكلك أبرأني، فاحلف على ذلك - فعن الشيخ أبي حامد: أنه يحلف على نفي العلم، [ومن الأصحاب من يخالفه ولا يحلف الوكيل، قال الرافعي: ولك أن تقول: يقتضي ما ذكره الشيخ أن يحلف القاضي- وقيل: المدعى عليه على الغائب - على نفي العلم][٥] بالإبراء وسائر الأسباب المسقطة نيابة عن المدعى عليه؛ كما ناب عنه في تحليف من يدعي لنفسه.

[ولو كان المدعى][٦] له صغيرًا على صغير، فهل يحكم به في الحال، أو يوقف إلى البلوغ والحلف؟ قال القاضي الحسين: يحتمل وجهين؛ بناء على أن اليمين في حق البالغ واجبة أو مستحبة. وحكاهما الرافعي - أيضًا - وحكى تلوهما: أن قيّم

(١) في ج: عليه.
(٢) في ص: وكالته.
(٣) في ص: علماء.
(٤) في ج: يحكم.
(٥) سقط في ج، ع.
(٦) سقط في ج.

الطفل لو ادعى دينًا للصبي، فقال المدعى عليه: إنه أتلف [عليَّ][(١)] من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه - لم يسمعه؛ بل [عليه][(٢)] قضاء دينه الذي أثبته القيِّم، فإذا بلغ [الصبي][(٣)] حلفه.

واعلم أن كيفية الدعوى على الغائب المتفق عليها بين الأصحاب أن يقول: لي على فلان الغائب كذا، ويذكر ما هو معتبر في الدعوى على الحاضر، ويقول: وهو منكر لحقي ولي بينة؛ فإنه إذا لم يكن له بينة لم تفد دعواه شيئًا، فلو قال: إنه مقر بحقي، لم تسمع؛ لأن البينة [لا تقام][(٤)] على مقر. وإن سكت عن ذكر الإقرار والإنكار فهل تسمع؟ فيه وجهان:

ميل الإمام إلى السماع؛ لأنه إن كان يدعي [جحوده في الحال، فهو محال، وكيف يدعي][(٥)] جحود من لا يعلم حياته؟! وإن كان يدعي جحوده لما كان حاضرًا، وقد مضى، فالبينة في الحال لا ترتبط بجحود ماض.

وإيراد الغزالي يميل إلى ترجيح المنع، وهو ما ادعى الإمام ميل الأصحاب إليه؛ فإن[(٦)] الذي أرادوه بدعوى الجحود هو[(٧)] الجحود السابق، والبناء على إصراره [عليه][(٨)]؛ فإنه الظاهر ما لم يثبت نقيضه[(٩)].

ويقوم مقام [دعوى][(١٠)] الجحود بالاتفاق: ما إذا اشترى عينًا ووفر الثمن على البائع، ثم استحقت العين المبيعة وأخذت؛ فإن للمشتري أن يقيم البينة على الغائب بقبض الثمن، ولا حاجة إلى دعوى الجحود[(١١)]؛ فإن إقدامه على بيع ما لا يملكه كاف في[(١٢)] معنى الجحود، قال الإمام: وهذا مما لا مراء فيه.

قال الرافعي: ورأيت فيما[(١٣)] جمع من «فتاوي» القفال أن هذا كله فيما إذا أراد إقامة البينة على ما يدعيه؛ ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مال، وأراد إقامة البينة على دينه ليوفيه القاضي - فإن القاضي يسمع بينته

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ع.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ص، ع: وأن.
(٧) في ص، ع: وهو.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ج: نقضه.
(١٠) سقط في ج، د، ع.
(١١) في ص: الجحد.
(١٢) في ع: على.
(١٣) في ع: في

ويوفيه، سواء قال: هو مقر، أم[1] جاحد، أو قال: لا أدري أهو مقر أم جاحد.

وهل للقاضي أن ينصب لسماع الدعوى على الغائب مسخرًا [له][2] ينكر على الغائب؟ فيه وجهان:

أحدهما : نعم، وهو المختار كما قال ابن أبي الدم؛ لتكون البينة على الإنكار.

وأصحهما في «التهذيب»، وعند الشيخ أبي عليّ[3] - كما نقله ابن أبي الدم-: لا؛ لأن الغائب قد يكون مقرًا، فيكون إنكار المسخر كذبًا. قال الرافعي: وقضية هذا التوجيه أن يقال: لا يجوز نصب المسخر.

لكن الذي ذكره أبو الحسن[4] العبادي، وصاحب «الإشراف» وغيرهما: أن القاضي مخير، إن شاء نصب [عنه][5] مسخرًا، وإن شاء لم ينصب.

قال: فإذا قدم الغائب، أو بلغ الصبي فهو على حجته، أي: في القدح في البينة، أو [في][6] المعارضة ببينة يقيمها على الإبراء أو القضاء أو الحوالة أو نحو ذلك؛ لدفع الظلم عن نفسه.

قال الأصحاب: وإذا كان يجهل ذلك عرفه الحاكم به، وإن كان يعرفه فهو مخير إن شاء عرفه وإن شاء سكت.

ثم ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الغائب على حجته، وإن[7] لم يشترط الحاكم ذلك في الحكم، وقد قال الماوردي: إنه يشترط القاضي في حكمه على الغائب أنه قد جعله على حق وحجة إن كانت له؛ لئلا يقتضي إطلاق حكمه عليه إبطال حجته وتصرفه، والمعتبر في بينة الجرح أن تشهد بجرح بينة المدعي حالة الحكم أو قبله؛ كما قاله البندنيجي وغيره، وإذا أقام ذلك نقض الحكم قولًا واحدًا؛ كما صرح به الإمام، وإن كان في نقض الحكم لو كان المحكوم عليه حاضرًا عند إقامة [البينة بالجرح قولان؛ لتقصيره، بخلاف الغائب والصبي، ولا يكفي في البينة أن][8] تطلق الشهادة بالجرح؛ لأنه [لا][9] يجوز أن يكون حادثًا بعد الحكم، والجرح بعد الحكم

(١) في أ، ج، د، ع: أو.
(٢) سقط في أ، ص، ع.
(٣) في ع: حامد.
(٤) في ص: الحسين.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ، ص، ع.
(٧) في أ، ص: فإن.
(٨) في أ: البيان.
(٩) سقط في أ، ص، ع.

لا يؤثر على الأصح، وهذا بخلاف ما إذا حضر الغائب أو بلغ الصبي قبل الحكم وأقام البينة[١] بالجرح؛ فإنها تسمع مطلقًا كما صرح به البندنيجي.

قال: **وإن ادعى على ظاهر في البلد غائب عن المجلس، فقد قيل: تسمع[٢] البينة عليه ويحكم**؛ لأنه غائب عن مجلس الحكم، فكان كالغائب عن البلد، فعلى هذا يحلفه كما سبق.

وقيل: لا تسمع[٣]؛ لأنه يمكن سؤاله من غير مشقة، فأشبه الحاضر بمجلس الحكم، وهذا هو الأصح في أكثر الكتب، وبه قطع بعضهم، وهو المذهب في «المهذب»[٤] و«الشامل» و[«تعليق»][٥] البندنيجي، وعلله بأن على المدعى عليه في ذلك ضررًا؛ فإنه لا يمكنه جرح الشهود مطلقًا بعد حصول الحكم.

وفي «الوسيط» حكاية وجه ثالث [جعله المذهب][٦]: أنه يجوز أن يسمع البينة، ولا يقضي إلا [في حضوره][٧]، فلعله يجد مطعنًا ودفعًا، بخلاف الغائب؛ فإن انتظاره يطول. وحكى وجهًا في سماع البينة والخصم في المجلس دون مراجعته؛ لأنه قادر على الدفع والكلام فليتكلم إن[٨] أراد. وهذا ما نسبه في «الإشراف» للمزني، وقد ذكرت عن الروياني في هذا الباب من قبل كلامًا يتعلق بما نحن فيه، فليطلب منه.

فرع: إذا ثبت على الغائب دَيْن وله مال حاضر، فعلى القاضي توفية الدَّين منه إذا طلبه المدعي، وإذا وفَّى هل يطالب المدعي بكفيل؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن الحكم قد تم في الحال، والأصل عدم الدافع.

والثاني - ويحكى عن الكرابيسي -: نعم؛ لأن الغائب قد يكون له مدفع إذا حضر فيحتاط له، وهذا الوجه جارٍ فيما إذا حكم الحاضر على غائب بعين حاضرة.

قال: **ومن[٩] استعدى الحاكم على خصم في البلد أحضره**، أي: سواء عرف بينهما معاملة أم لا؛ لأن في الإعراض عن ذلك إبطالًا للحقوق، وقد يكون للحق[١٠]

---

(١) في أ، ص: بينة.
(٢) في التنبيه: يسمع.
(٣) في التنبيه: يسمع.
(٤) في ج: التهذيب.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ، ص.
(٧) في ج: بحضوره.
(٨) في ج: ما.
(٩) في التنبيه: وإن.
(١٠) في أ، ج، د، ع: الحق.

توجه من غير معاملة بسبب إتلاف أو إرث ونحو ذلك.

وفي «تعليق» البندنيجي: أن أبا العباس - يعني ابن سريج، كما صرح [به](١) غيره -قال: إذا كان المستعدى عليه من أهل الصيانات والمروءات لم يحضره مجلس الحكم، ولكنه يستدعيه إلى بيته ليقضي بينه وبين خصمه.

وفي «الزوائد»: أن في «العدة» أن المستعدى عليه إذا كان بالصفة المذكورة، ويتوهم(٢) أن المستعدي يقصد ابتذاله، وأذاهُ بذلك(٣) - لا يستحضره(٤) مجلس الحكم، لكن ينفذ إليه من يسمع الدعوى عليه، ويحلفه إن وجبت عليه اليمين؛ لأنه لما عليه من الصيانة والمروءة يجري مجري المخدَّرة.

والمشهور: الأول، ثم الإحضار المذكور متوجه على الحاكم على وجه الوجوب، كما صرح به المصنف وصاحب «الكافي» وغيرهما، وإذا كان كذلك وجب على المطلوب إجابة الداعي أيضًا، لكن قال الإمام: إيجاب الحضور عليه لأجل [إجابة القاضي](٥)، حتى لو لم يطلبه القاضي وطلبه الخصم، لا يجب [عليه](٦) الحضور، بل الواجب إن كان [له](٧) عليه حق وفاه.

وفي «المهذب» و«الحاوي»: أنه إذا كان بين نفسين حكومة، فدعا أحدهما صاحبه لمجلس الحكم - وجبت عليه الإجابة؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ الآية [النور: ٥١]، ثم رأيت في «الحاوي» في [أثناء](٨) كتاب قاض إلى قاض أن المطلوب إن خرج إلى الطالب من حقه [لم يلزمه الحضور للقاضي](٩)، وإلا لزمه(١٠) إن كان على مسافة أقل من يوم وليلة، وإن كان على أكثر منها لم يلزمه الحضور إلا باستحضار.

وكيفية الإحضار(١١): أن يختم القاضي للطالب في طين رطب بخاتمه المعد لذلك، وهو كما قال القاضي أبو الطيب: حديدة مكتوب على رأسها: أجب القاضي،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ج: وتوهم.
(٣) في ص: ذلك.
(٤) في أ: يحضره.
(٥) في ع: إجابته.
(٦) سقط في أ، د، ص.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ، ص، ع.
(١٠) زاد في ص، ع: الحضور مع الطالب، وفي أ: المصير مع الطالب للقاضي.
(١١) في أ، ص: الاستحضار.

فيحمل الطالب[١] الطين إلى خصمه ويريه إياه إن كانت العادة جارية بذلك، أو يرسل معه عونًا ليحضره، وأجرة العون على المستعدي إن لم يكن له رزق من بيت المال، قاله في «الإشراف» وغيره.

قال الماوردي: وله أن يجمع بين إرسال العون وبعث الطين المختوم معه.

قال: فإن امتنع [من غير عذر][٢]، أي: وقد وقف على ختم القاضي خاصة - كما قاله الماوردي - أشهد عليه، أي: الخصم، شاهدين أنه ممتنع، ثم يتقدم، أي: أمر القاضي بعد ثبوت امتناعه عنده بشهادة الشاهدين إلى صاحب الشرطة ليحضره؛ توصلا إلى تخليص[٣] الحق، وقد جاء في بعض ألفاظ الشافعي: أنه يستعين بصاحب الحرب، وفي بعضٍ: بوالي الأحداث، والألفاظ مترادفة، ولا يبالغ في طلب تزكية الشاهدين بالامتناع.

قال الشافعي -رضي الله عنه-: ويسأل عن عدالتهما ويخفف [في][٤] السؤال. كذا نقله ابن الصباغ عن رواية [ابن القاص][٥].

أما إذا كان امتناعه بعد إرسال العون إليه، وأخبر العون القاضي بذلك قُبِل قوله من غير بينة، كذا قاله الماوردي، وهو الذي أورده في «الحلية».

وفي «تعليق» البندنيجي و«الكافي»: [أنه][٦] عند الاستعداء يبعث معه الختم من[٧] الطين، فإن [حضر، وإلا][٨] بعث إليه بعض أعوانه، فإن [حضر، وإلا][٩] بعث بشاهدين يشهدان على امتناعه، فإن حضر، وإلا استعان بالسلطان على إحضاره، والأجرة في هذه الحالة على المطلوب؛ لأنه مُتَعَدٍ بالامتناع عن الحضور، كأجرة الحد تجب على المحدود، وكذا أجرة الحبس على المحبوس، قاله في «الإشراف» و«الرافعي».

وعن[١٠] «الجرجانيات» وجه: أنها على الطالب أيضًا.

ولو كان الامتناع بسبب مرض يسوغ بمثله شهادة الفرع على [شهادة][١١] الأصل

---

(١) في أ، د، ص، ع: ذلك.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: خلاص.
(٤) سقط في أ، ص، ع.
(٥) في ع: القاضي.
(٦) سقط في ج.
(٧) في ع: مع.
(٨) في ج: امتنع.
(٩) في ج: امتنع.
(١٠) في ص: عن.
(١١) سقط في ع، وفي أ، ص: شاهد.

إذا كان [به][١] فهو معذور، فيبعث القاضي إليه من يحكم بينه وبين خصمه أو يوكل، وإذا توجهت [عليه][٢] اليمين أنفذ [إليه][٣] من يحلفه، ثم إذا حضر الممتنع بغير عذر نظر الحاكم في تعزيره: فإن شاء عفا عنه، وإن شاء عزره بالكلام أو تشويش العمامة، أو الحبس، أو الضرب على حسب اجتهاده.

فرع: لو بعث الحاكم إليه فاختفى، قال في «الكافي»: فيبعث من ينادي على بابه ثلاثة أيام: إن لم يحضر فلان سمّر بابه وختم، ويخبر جيرانه بذلك، فإن لم يحضر سمر باب داره[٤] إذا عُرِفت وخُتِم عليه، فإن لم يحضر بعد التسمير والختم فالقاضي يوكل عنه[٥] وكيلًا، فيدعي عليه [المدعي][٦].

وفي «الذخائر» [و«الشامل»][٧]: أن [ابن][٨] القاص حكى ذلك عن الشافعي -رضي الله عنه- لكنه قال: إنه يفعل ذلك بعد أن يبعث من ينادي على بابه بمحضر من شاهدي عدل: إنه إن لم يحضر مع خصمه فلان وكل عنه[٩]، [قال: وحسبه][١٠] أن يعذر إليه بذلك ثلاثًا، فإن لم يحضر أقام عنه وكيلًا.

ولو أخبر القاضي أنه في دار فلان أنفذ الخصيان والغلمان الذين لم يبلغوا الحلم والثقات من النساء، ويبعث معهم عدلين من الرجال، فإذا دخلوا في تلك الدار وقف الرجال في الصحن، وأخذ الخصيان في تفتيش الدار، والنساء في تفتيش النساء، قال مجلي: وينبغي أن يفعل التفتيش والهجوم عليه [أولًا][١١] إن عرف له مكان.

وإذا تعذر إحضاره بعد هذا كله، قال في «الحاوي»: فقد اختلف أصحابنا، هل يكون الامتناع من الحضور كالنكول؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا.

والثاني - وهو الأشبه-: أن يجعل كالنكول بعد النداء على بابه بمبلغ الدعوى وإعلامه بأنه يحكم عليه بالنكول، فعلى هذا: يسمع القاضي الدعوى [عليه][١٢] محررة، ثم يعيد النداء على بابه ثانية بأنه يحكم عليه بالنكول، فإذا امتنع من الحضور

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: ذلك.
(٥) في ج: عليه.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في ص.
(٩) في أ، د، ص، ع: عليه.
(١٠) في ج: وحسن.
(١١) في ج: أم لا.
(١٢) سقط في أ، ص، ع.

بعد النداء الثاني حكم بنكوله، ورد اليمين على المدعي، وحكم له [بالدعوى](١) إذا حلف.

قال: **وإن استعدي على غائب عن البلد في موضع لا حاكم فيه،** [أي](٢): وهو في حكم(٣) ولايته - **كتب إلى رجل من أهل الستر** والصلاحية للقضاء **في ذلك ليتوسط بينهما**(٤)؛ لأن ذلك أسهل عليهما.

قال: **فإن**(٥) **لم يكن أحد، لم يحضره حتى يحقق**(٦) **المدعي دعواه**؛ لجواز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده: كشفعة الجوار، وثمن الكلب، فيُجَشِّمه الحضور بغير فائدة، وهذا بخلاف الحاضر حيث لا يستفسره عما يدعيه(٧)، وإن كان الأولى: الاستفسار؛ لأنه لا مشقة في الحضور من البلد.

قال في «الإشراف»: ولا يستقصي في تحقيق(٨) الدعوى، بل يخفف.

قال: **فإذا حقق**(٩) **الدعوى أحضره**، أي سواء كان الموضع قريبًا أو بعيدًا؛ كما قاله القاضي أبو الطيب وصاحب الكافي وغيرهما؛ كي لا يتخذ المسافرة طريقًا إلى إبطال الحقوق، وله ألا يحضره ويبعث من يحكم بينهما؛ كما قاله أبو الطيب.

واعتبر الإمام وصاحب «العدة» في إحضاره من فوق مسافة العدوى فما فوقها، وإن زادت على مسافة القصر في هذه الحالة-: أن تقوم البينة(١٠) عند القاضي بالمدعي وتثبت.

وقال الإمام فيما إذا كان في مسافة العدوى فما دونها: إن الإعداء لا يتوقف على قيام الحجة، وإن هذا متفق عليه، ذكره العراقيون وغيرهم.

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص: جملة.
(٤) قوله: وإن استعدى على غائب عن البلد في موضع لا حاكم فيه؛ كتب إلى رجل من أهل السَّتر - أي: وصلاحية القضاء - ليتوسط بينهما. انتهى كلامه. وما ذكره من اشتراط أهلية القضاء وقع في شرح التنبيه لابن يونس، فتابعه المصنف عليه، وليس هذا مراد الشيخ ولا مراد غيره من الأصحاب، بل المراد شخص من وجوه أهل القرية والمعتبرين فيها؛ كشيوخ الزرع والموسرين الكرماء ونحوهم، ولهذا عبروا بقولهم: أهل الستر، ولم يقولوا أهل القضاء، وعبروا أيضًا بقولهم: ليتوسط، ولم يقولوا: ليحكم. [أ و].
(٥) في التنبيه: وإن.
(٦) في ع: يتحقق.
(٧) زاد في أ، جـ، د، ع: عليه.
(٨) في ص: تحقق.
(٩) زاد في د: في، وع: المدعي.
(١٠) في ج: بينة.

والمذكور في «الكافي» في مسافة القصر فما دونها: الاكتفاء بتحقيق الدعوى.

ووراء ما ذكرناه في مسألة الكتاب وجهان:

أحدهما: [أنه][1] لا يحضره من مسافة القصر، ويحضره مما دونها؛ لأنه لما كانت مسافة القصر شرطًا في انتقال ولاية الغائب في النكاح إلى الحاكم [دل][2] على اعتباره في إحضار الخصم.

والثاني - حكاه في «التهذيب» و«الإشراف»-: أنه يحضره من مسافة العدوى، ولا يحضره[3] مما فوقها، قال الرافعي: وهو أظهر عند الإمام.

والذي أورده العراقيون: الأول، وقال الماوردي: إنه الذي ذهب إليه الأكثرون، والظاهر من مذهب الشافعي -رضي الله عنه- وقد يستدل له بأن عمر -رضي الله عنه- استدعى[4] المغيرة [بن][5] شعبة في القصة المشهورة من البصرة إلى المدينة، وإذا كان هذا في حد الله -تعالى- ففي حق الآدمي أولى.

أما إذا كان في الموضع الذي فيه الغائب نائب للحاكم، لم يحضره، بل يسمع البينة[6]، ويكتب إليه.

وعن حكاية أبي العباس الروياني وجه: أنه يلزم إجابته إذا طلبه الخصم، قال الرافعي: وهذا قضية إيراد صاحب «التهذيب» فيما إذا كان المطلوب على مسافة العدوى. وبه أجاب في «العدة»، وهذا الوجه يجري من طريق الأولى فيما إذا لم يكن في البلد حاكم، وكان فيها من يصلح أن يولى.

وعن «أمالي» أبي الفرج السرخسي: أن القاضي يتخير بين أن [يحضر المطلوب][7] وبين أن يسمع البينة فيكتب[8] إلى نائبه.

ولو كان المستعدى عليه في غير محل ولاية القاضي لم يستحضره، قال في «الحاوي»: وجاز له أن يسمع الدعوى والبينة عليه؛ ليكاتب به قاضي البلد الذي فيه المطلوب[9]، وله في المكاتبة حالتان:

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ج: يحضرها، وفي ص: يجبره.
(٤) في ع: استعدى.
(٥) سقط في أ.
(٦) زاد في ص: عليه.
(٧) في ج: يحضره.
(٨) في ج: ويكتب.
(٩) في ج: الخصم.

إحداهما: أن يكاتبه بسماع البينة.

والثانية: أن يحكم بالبينة بعد سماعها.

وهذا منه دليل على أنه لا فرق في الحكم على الغائب عنده، بين أن يكون في مسافة القصر أو دونها؛ كما ذكرناه من قبل.

قال: وإن استعدي على امرأة[١] **غير بَرْزة لم تكلف الحضور، بل توكل**؛ صرفًا للمشقة عنها؛ فإن ضرر إبطال التخدر[٢] أعظم من ضرر المرض، ولو كان الشخص مريضًا لم يكلف الحضور؛ فهذه أولى.

قال: فإن وجبت[٣] **عليها اليمين أنفذ إليها من يحلفها**؛ لقوله ﷺ: «واغْدُ يا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»[٤]. فبعث إليها ولم يكلفها الحضور؛ لأنها كانت غير برزة؛ كما نقله أصحابنا.

والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وجماعة استدلوا بهذا الخبر [على][٥] أنها إذا كانت غير برزة يبعث إليها من يحكم بينهما، ولم يتعرضوا للتوكيل، ولا شك في جواز الأمرين عند الجمهور، لكن الذي حكاه القاضي الحسين عن النص ما أورده الشيخ، وقال: إن صاحب «التقريب» قال به.

وحكي عن القفال أنه قال: تحضر مجلس الحكم كالبرزة. وعلى هذا قال الرافعي: لو رام القاضي أن يبعث [إليها][٦] من يحكم بينهما في دارها، فللخصم الامتناع من الدخول إليها وطلب إحضارها. وعلى قول الجمهور: إذا حضر الحاكم إلى دارها، ولم يكن بينها وبين الحاكم محرمية - جلست خلف ستر، فإن اعترف الخصم بأنها خصمته حكم بينهما، وإن أنكر ذلك: فإن شهد شاهدان بأنها خصمته حكم بينهما أيضًا، وإلا كلفها أن تخرج من وراء الستر متلفعة، كذا قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما.

أما البرزة، فقد قال القاضي أبو الطيب وصاحب «الكافي» وغيرهما: إن حكمها حكم الرجل في جميع ما ذكرناه.

وفي «الرافعي»: أن الاستعداء لو كان على امرأة خارجة عن البلد، هل يحضرها

---

(١) في التنبيه: حرة.
(٢) في ص: التحرز.
(٣) في: أ، د، ص، ع: وجب.
(٤) تقدم.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ، ص، ع.

وهي عورة؟ وهل يشترط أن يكون الطريق آمنًا ومعها نسوة[١] ثقات؟ وهل على القاضي أن يبعث إليها محرمًا لها لتحضر معه؟ قال القاضي أبو العباس الروياني: كل ذلك على وجهين، الأصح: أنه يبعث إليها محرمًا [لها][٢] أو نسوة ثقات كما في الحج.

ثم من هي غير البرزة التي يسميها بعضهم: المخدرة، والماوردي: الخفرة؟

المشهور - وهو الذي يحكى عن النص-: أنها التي لا تخرج لحوائجها، [ولم يورد أبو الطيب وجماعة سواه.

وقال الماوردي: إنها التي لا تخرج لحوائجها][٣]، وإن خرجت استخفت ولم تعرف، والبرزة: التي تخرج لحوائجها ومآربها غير مستخفية.

وحكى القاضي الحسين أن أصحابنا قالوا: غير البرزة هي التي لا تخرج لحوائجها، وإن كانت تخرج إلى العزايا[٤] والمآتم والزيارات، والبرزة: هي التي تخرج لحوائجها. ثم قال: وعندي أن غير البرزة[٥] هي التي لا تخرج لحوائجها ولا إلى الزيارات والعزايا إلا نادرًا، فإن اعتادتها لم تكن مخدرة.

وفي «التهذيب»: أن المخدرة التي لا تخرج إلى السوق لحوائجها، ولا إلى الولائم ولا إلى الحمام بالنهار.

وفي «الشامل» في باب موضع اليمين: أنها التي لا تخاطب الرجال، ولا تحضر المواسم والأعراس.

وقيل: هي التي لا تخرج أصلًا إلا لضرورة، وهذا ما اختاره الإمام.

قال ابن أبي الدم: والأولى في ذلك رده إلى عرف الناس واتباع العادات.

فرع: لو اختلفا في التخدر ففي «فتاوى» القاضي الحسين: أن عليها إقامة البينة على ذلك، وأنها تمهل حتى تقيم البينة.

وفي «الحاوي» أنه ينظر: فإن كانت من قوم الأغلب من حال نسائهم التخدر فالقول قولها مع يمينها، وإن [كانت من قوم][٦] الأغلب [على نسائهم][٧] البروز

---

(١) في ج: نساء.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: العزاء.
(٥) في أ: المخدرة
(٦) في أ، ص، ع: كان قومها.
(٧) في ص، ع: عليهم.

فالقول قول الخصم مع يمينه.

آخر: إذا كانت المرأة برزة، ثم لازمت التخدر - فبماذا يحصل لها [حكمه][(١)]؟ قال القاضي الحسين في «فتاويه»: حكمها حكم الفاسق يتوب؛ فلا بد أن تمضي عليها[(٢)] سنة في قولٍ وستة أشهر في قول.

تنبيه: إطلاق الشيخ القول بأنه إذا وجب عليها اليمين أنفذ إليها من يحلفها يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون المدعى به يوجب التغليظ في اليمين[(٣)] أو لا، وهو وجه حكاه الشيخ أبو علي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ، وجزم به الماوردي؛ لأجل صيانتها، واختاره ابن أبي الدم، واستدل له بأن الأصحاب صرحوا بأنه تسمع الشهادة على شهادتها مع حضورها من غير مرض، وألحقوا تخديرها بالمرض والسفر في ذلك.

ومقابل هذا الوجه: أن التخدير لا يسقط التغليظ بالمكان الشريف إلا إذا كانت حائضًا، فتحلف على باب المسجد، وهو الذي صححه الشيخ أبو علي، وحكى الإمام عن العراقيين القطع به في باب موضع اليمين، وهو الذي أورده الغزالي في باب الدعاوى والبينات، وقد حكى ذلك الرافعي عن الشيخ أبي حامد وأتباعه، ورأيته في «تعليق» البندنيجي. والله أعلم.

قال: **وإذا حكم على غائب**، أي: بشهادة شاهدين، أو بإقراره، أو بنكوله ويمين المدعي، والمحكوم به حق في ذمته أو قصاص في بدنه إذا جوزنا القضاء على الغائب به كما هو الصحيح، أو عقار في يده.

قال: **فسأله المدعي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما حكم به لينفذه، كتب إليه**؛ للإجماع كما حكاه ابن الصباغ وابن يونس، والمعنى فيه: أن بالناس حاجة إلى ذلك؛ لأن بينة الشخص تكون في بلد وخصمه في آخر كما هو صورة الكتاب، ولا يمكنه حمل البينة إلى بلد الخصم ولا حمل الخصم إلى بلد البينة، فإذا أخر ذلك سقط الحق؛ فدعت الحاجة إلى شهادة البينة في بلدها ومكاتبة قاضي بلد الخصم بذلك.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ، د، ص، ع: عليه.
(٣) في ج: الزمان.

وهذه الكتابة - كما قال ابن أبي الدم - واجبة [على وجه][1].

ولا فرق في جواز الكتابة في هذه الحالة بين أن يكون بين البلدين مسافة القصر أو دونها، حتى لو كان البلدان متجاورين جاز ذلك أيضًا، بل لو كان لكل جانب من البلد حاكم والخصم في أحد الجانبين كتب إلى [حاكم قاضي الجانب الآخر بذلك][2]؛ لأن ما حكم به لزم [وليس][3] بعده إلا الاستيفاء؛ فوجب على كل أحد تنفيذه.

وهذا بخلاف ما لو ثبت عنده ولم يحكم؛ حيث فصلنا بين قرب المسافة وبعدها كما سيأتي؛ لأن المسافة إذا لم تبعد لم يتعذر إحضار الشهود عند القاضي الآخر.

قال الرافعي: وقد وجدت في نسختين من «أمالي» أبي الفرج السرخسي عكس هذا، وهو أن كتاب السماع يقبل مع قرب المسافة وبعدها، وكتاب الحكم لا يقبل إلا إذا بعدت المسافة. وهو غلط من ناسخ أو ناقل، وليس وجهًا آخر.

وكذا لا فرق بين أن يكتب قاضي مصر إلى قاضي قرية أو بالعكس، أو قاضي الأصل إلى الفرع أو بالعكس؛ لأن الحاجة إلى الجميع واحدة.

ثم صورة الكتاب: «بسم الله الرحمن الرحيم، حضر - أطال الله بقاء القاضي- فلان، ويرفع في نسب[4] المكتوب إليه، في يوم كذا من شهر كذا، من سنة كذا، مجلس حكمي، في مدينة كذا التي وليتها من قبل فلان، ويذكر من ولاه من إمام أو قاضٍ، ويرفع في نسبه: فلان [بن][5] فلان الفلاني، ويرفع في نسبه إلى أن يتميز عن غيره، ويكتب حِلاه وصنعته وما يشتهر به إن كان القاضي يعرفه بالنسب، وإن لم يعرفه كتب: حضر من ذكر أنه فلان [بن][6] فلان الفلاني - وذكر[7] الحلية هاهنا واجب، قال القاضي أبو الطيب: لأنه ليس يعرف عينه فالمعوَّل على ذكر الحلية، وادعى بكذا، ويذكر كيفية الدعوى محررة، على فلان [بن][8] فلان [الفلاني][9]، ويرفع في نسبه، بعد ثبوت غيبته عندي؛ الغيبة الشرعية المسوغة لسماع البينة عليه والحكم بها، وشهد له بذلك في مجلس حكمي فلان وفلان، ويرفع في نسبهما بعد

(١) سقط في ج.
(٢) في أ، ص: حاكمه قاضي الجانب الآخر به، وفي ع: حاكم جانب الآخر.
(٣) سقط في ع.
(٤) في ج: نسبة.
(٥) سقط في أ، ع.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: ويذكر.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ، ج، ص.

سؤال الخصم ذلك. وقالا: إنهما عارفان بالمشهود عليه بعينه واسمه [ونسبه][(١)] -كذا ذكره الماوردي - وقد عرفت عدالتهما وحلفته على الحق، ويصف اليمين، وحكمت له على المدعى عليه[(٢)] بعد السؤال، وأبقيت المدعي[(٣)] على حقه وحجته إن كانت [له][(٤)]، وسألني المدعي أن أكتب بذلك إليك؛ لأن خصمه بحضرتك، فأجبته؛ ليحمل خصمه على الحق إذا ورد عليك كتابي صحيح الختم والمورد بما يثبت عندي وحكمت به، وعنونت باطنه بخطي وظاهره بختمي، وهو كذا، ووقعت في صدره، وهو كذا، وعلمت على الأوصال، وهي كذا سطر ويصفها، ويكتب أسماء شهود الكتاب وتاريخه.

ولو كان قد حكم عليه بإقراره قال الماوردي: ذكر في كتابه أنه أقر عندي بكذا طوعًا في صحة منه وجواز أمر، فلو لم يذكر ذلك [فهل][(٥)] يقوم حكمه[(٦)] [مقام ذكره الطواعية والصحة وجواز الأمر؟ فيه وجهان.

ولو كان الحكم][(٧)] عليه بنكوله ويمين الطالب ذكره القاضي مشروحًا في كتابه، كما قال الماوردي، لكن ذكر السبب الذي اقتضى الحكم من هذه الأشياء الثلاثة -أعني: البينة والإقرار والنكول مع اليمين- هل يجب؟ فيه وجهان في «الحاوي»:

فإن قلنا بعدم الوجوب كفاه أن يقول في الكتاب: ثبت عندي بما تثبت بمثله الحقوق وحكمت به. وهذا ما جزم به الإمام حيث قال: لا يلزمه أن يفصل البينة القائمة في الخصومة، وإنه ليس عليه أن يرفع أسماءهم ويتشوف إلى أعلامهم؛ بل يكفيه أن يقول: قضيت لفلان بحجة شرعية تقتضي القضاء.

وعلى هذا: لو سأل المحكوم عليه القاضي الكاتب عن السبب الذي حكم عليه به، قال الماوردي في فصل آخر: ينظر: فإن كان قد حكم عليه بالإقرار [لم يلزمه][(٨)] أن يذكره له؛ لأنه لا يقدر على دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم [عليه][(٩)] [بنكوله ويمين الطالب لزمه أن يذكره؛ لأنه يقدر على دفعه بالبينة، وإن كان قد حكم عليه بالبينة][(١٠)]: فإن كان الحكم بحق في الذمة لم يلزمه ذكرها؛ لأنه لا يقدر على دفعها

---

(١) سقط في ج.
(٢) زاد في أ، د، ص، ع: به.
(٣) زاد في ص: عليه.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) زاد في ع: عليه، وفى ص: على.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ع: لزمه.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في ع.

بمثلها، وإن [كان][١] الحكم بعين قائمة لزمه أن يذكرها؛ لأنه يقدر على مقابلتها [بمثلها][٢]؛ فتترجح بينته باليد.

وإن قلنا بالوجوب، وكان [السبب البينة][٣] فهو بالخيار بين أن يسمي الشهود أو لا يسميهم ويقتصر على وصفهم بالعدالة فلو لم يصفهم بها فهل يكون ذكره لهم تعديلًا؟ فيه وجهان في «الحاوي»، والمذكور في «العدة»: أنه تعديل.

أما إذا كان قد حكم عليه بالشاهد واليمين ففي جواز المكاتبة به وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن المخالف [فيه][٤] من العراقيين يرى نقض الحكم به فلم[٥] يكن له تعريض حكمه للنقض[٦].

قال الماوردي: والأولى من الخلاف أن يعتبر رأي القاضي المكاتب[٧] [به][٨] فإن كان يرى القضاء بالشاهد واليمين [كتب إليه به، وإلا فلا.

قال: ولو أراد القاضي في حكمه بالشاهد واليمين][٩] ألا يذكره في كتابه، ويطلق الحكم بالبينة أو بثبوت الحق عنده - جاز؛ لأنه يحكم باجتهاد نفسه، ولا يحكم باجتهاد غيره، ولو كان المحكوم به على الغائب [عقارًا][١٠] في غير البلد التي هو فيها فلا يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه [الخصم، [ويجوز أن يكتب][١١] إلى قاضي البلد الذي فيه][١٢] العقار وصرح به الماوردي.

ولو كان المدعى به عينًا منقولة ففي جواز الحكم بها مع الغيبة خلاف سنذكره -إن شاء الله تعالى - في الدعاوى[١٣].

قال: وإن ثبت عنده، أي: بدون علمه ولم يحكم به، فسأله المدعي أن يكتب إلى قاضي البلد الذي فيه الخصم بما ثبت عنده؛ ليحكم عليه - نظرت[١٤]: **فإن كان**

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ج: بينة.
(٤) سقط في ع.
(٥) في أ: فإن لم.
(٦) في أ، ع: بالنقض.
(٧) في أ، ص: الكاتب.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في ج: ويكتب.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) زاد في ع: أي.
(١٤) في التنبيه: نظر.

بينهما مسافة [لا تقصر فيها الصلاة لم يكتب، وإن كان بينهما مسافة](١) **تقصر فيها الصلاة كتب**؛ لأن القاضي الكاتب كشاهد الأصل، وشهود الكتاب كشهود الفرع؛ فاعتبر في القبول مسافة القصر، كما اعتبرت في الشهادة على الشهادة.

وقيل: يقوم ما فوق مسافة العدوى مقام مسافة القصر في ذلك، وكذا في الشهادة على الشهادة، ولا يكفي فيهما مسافة العدوى فما دونها؛ كما صرح به القاضي الحسين وغيره، وسنذكر [عند](٢) الكلام في الشهادة على الشهادة شيئًا آخر لا يستغني عنه من يتكلم في هذه المسألة.

ثم ما ذكره الأصحاب هنا يقتضي أن الكلام في البعد والقرب بالقاضي الكاتب دون الشهود الذين شهدوا عنده، وقد جزم الإمام في أوائل الباب بأن القاضي في الجانب الشرقي من بلد لو كتب إلى قاضي الجانب الغربي: بأني [قد](٣) سمعت بينة فلان [على فلان](٤)، ووصفها على شرطها، فاقض بها، وكان الذين شهدوا عند الكاتب قد غابوا أو ماتوا - ساغ للمكتوب إليه القضاء بذلك، بخلاف ما لو كان الذين شهدوا بعد حضورًا في البلد؛ [فإنه](٥) لا يقضي بالكتاب؛ لأن استحضار الشهود سهل؛ فهم الأصل، وقول القاضي في حكم شهادة الفرع على الأصل فيستحضرهم(٦) القاضي الثاني ويستعيد الشهادة بشرطها.

والقاضي الحسين أطلق القول في هذه الصورة بعدم القبول عملًا بما قرره(٧) أولا، وهو قضية لفظ الشافعي -رضي الله عنه- في «الأم»؛ كما نقله في «البحر» حيث قال: وإذا كان فيه قاضيان كبغداد، فكتب أحدهما إلى الآخر بما ثبت عنده من البينة - لم ينبغ له أن يقبلها حتى تعاد عليه، وإنما يقبل البينة في البلدة الثانية التي لا يكلف أهلها إتيانه.

وقد طرد الإمام ما ذكره من التفصيل فيما لو وقف كل قاض في طرف محل ولايته، وقال أحدهما للآخر: إني سمعت [شهادة فلان وفلان](٨) على فلان، وحلفته

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، ص، ع.
(٤) سقط في ج.
(٥) سقط في ج.
(٦) في ج: فيستخبرهم.
(٧) في ص، ع: قررناه.
(٨) في ج: فلانا وفلانا.

على موجب الشرع؛ فاقض بالبينة في جانبك، فقال: إن كان شهود الأصل قد غابوا أو ماتوا قضى[(١)] المقول له بذلك، وإلا فلا.

ثم قال: فإن قيل إذا كان التنادي والإعلام في طرف الولايتين ممكنًا كما صورنا، فإذا كتب أحدهما وشهد على كتابه[(٢)] شاهدان، وكان قادرًا[(٣)] على أن يشافه القاضي ويناديه - فهلا كان ذلك ممنوعًا؛ لأن كتابة القاضي وشهادة الشهود على شهادته بمثابة الفرع للقاضي، وقوله في نفسه أصل، فكيف يقع القضاء بالفرع مع التمكن من الوصول إلى الأصل؟

قلنا: الذي دل عليه كلام الأصحاب الأول؛ لأن في تكليف المشافهة غضًّا من منصب القضاء؛ ولهذا تسمع شهادة الفرع عند مرض شاهد[(٤)] الأصل، ولا نكلفه أن يأتي مسكنه.

وقريب من إيراده في المكاتبة - والصورة كما ذكرنا - ما حكاه الماوردي قبيل باب القسمة: أنه لا يقبل كتاب قاضي أحد الجانبين إلى قاضي الجانب الآخر في ثبوت الشهادة، ويقبل في ثبوت الإقرار إن رجع المقر؛ ولا يقبل إن لم يرجع؛ لأن ما أمكن الحكم فيه بالأصل لم يجز أن يحكم فيه بالفرع؛ كالشهادة على الشهادة يحكم فيها بشهود الفرع مع تعذر شهود الأصل، ولا يحكم فيها مع إمكانهم.

وقد يفهم أن هذا الكلام مغاير لكلام الإمام، وهو هو إذا تأملته؛ لأن[(٥)] الإمام قد حكى بعد ذلك في حالة وجود شهود الأصل في البلد خلافًا في جواز المشافهة بنقل الشهادة من قاضي أحد جانبي البلد إلى الآخر، مبنيًّا على أصل، وهو: أن سماع البينة من القاضي حكم منه بقيام البينة، أم[(٦)] سبيله سبيل نقل شهادة[(٧)] الفرع شهادة[(٨)] الأصل؛ فيكون القاضي فرعًا إذًا؟

فعلى الأول - وهو الذي نقله عن الأكثرين كما سنذكره، ورآه أظهر، وتبعه الغزالي فيه - لا يستعيد الشهادة[(٩)] الثاني، [بل يقضي[(١٠)]، ويكون القاضيان على

---

(١) في ع: فيقضي.
(٢) في ع: كتابته.
(٣) في ج: يقدر.
(٤) في ع: شهادة.
(٥) في أ، د، ص، ع: لكن.
(٦) في ج: أو.
(٧) في ج، د، ص، ع: شاهد.
(٨) زاد في أ: شاهد.
(٩) في ج: شهادة.
(١٠) في د، ص، ع: ويقضي.

هذا يتعاونان على القضية الواحدة.

وعلى الثاني - وهو الذي عليه عامة الأصحاب كما قال الرافعي، وأنه منصوص عليه في «عيون المسائل»: يستعيدها، لكن للشافعي -رضي الله عنه- نصٌّ سنذكره في أوائل باب الدعاوى والبينات عند الكلام في الدعوى بالعين التي لا يمكن تعيينها، يدل على الوجه الأول، وحينئذ فيكون في المسألة قولان.

قلت: ويمكن بناء الخلاف الذي[١] حكاه الإمام على أصل آخر، وهو أن شاهد الفرع، هل يسمع [مع][٢] حضور شاهد الأصل؟ وفيه خلاف يأتي، فإن قلنا: لا يسمع - وهو الصحيح - فلا يسمع هنا، وإلا سمع[٣].

وهذا الخلاف [كله][٤] إذا عدل القاضي الناقل البينة، فلو لم يعدلهم، قال الإمام: فهذا [يكاد أن][٥] يكون نقلًا محضًا، وبه يتأيد وجه من ادعى أنه نقل وليس بحكم، وقد اتفق الأصحاب على أنه إن عدل الشهود وحكم بعد التهم، فهو سائغ، لكن هل للمكتوب إليه البحث وإعادة التعديل أم لا؟

لفظ «الوجيز» بشعر بالأول؛ لأنه قال: جاز [له][٦] أن يعتمده إن رأى ذلك.

قال الرافعي: والقياس الثاني، أما إذا جعلناه حكمًا فظاهر، وأما إذا جعلناه نقلًا؛ فلأن شاهد الفرع إذا عدل شاهد الأصل وهو بصفة المزكيين، كفى على ظاهر المذهب. نعم، لو قامت بينة بالجرح قدمت بلا خلاف، وكذا للمدعى عليه طلب الاستمهال[٧] ثلاثة أيام؛ لإقامة بينة الجرح، ولا يحتاج في هذا القسم إلى تحليف[٨] المدعي.

ولو فوض الكاتب النظر في العدالة[٩] والجرح إلى المكتوب إليه فهو سائغ أيضًا.

قال الإمام: لكن النقل من غير تعديل قريب من التعطيل، ولكنا مع ذلك نجوز تفويض التعديل إلى المكتوب إليه على شرط الإبلاغ في الإعلام، والإعلام الذي ذكرناه يكون مؤكدًا بالاسم والرفع [في النسب][١٠] وغيرهما من الأسباب إذا لم

---

(١) في أ: لكن.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ: يسمع.
(٤) سقط في أ، ص، ع.
(٥) سقط في ع.
(٦) سقط في أ، ج، د، ص.
(٧) في ج: المهلة.
(٨) في ع: أن يحلف.
(٩) في أ، ع: العلة.
(١٠) في ج، د: والنسب، وفي ع: بالنسب.

يحصل الإعلام إلا بذلك، أما إذا حصل بالاسم المحض - كما إذا كان الشاهد مذكورًا في البلاد بعيد الصِّيت كفى ذلك.

والماوردي قال: إن للشهود في هذه الحالة ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يكونوا من أهل البلد الذي يصل الكتاب إليه، وهم على العود إليه؛ فلا يسمع شهادتهم، وإن سمعها لم يكتب بها، وقال للطالب: اذهب مع شهودك إلى قاضي بلدهم ليشهدوا عنده بما شهدوا به عندي؛ فإن كتب القضاة مختصة بما لا يمكن ثبوته بغيرها، وثبوت هذا بالشهادة[١] ممكن؛ فلم تجز فيه المكاتبة كالشهادة على الشهادة.

والثانية: أن يكون الشهود من البلد الذي يكتب إليه، [ولا يريدون العود إليه][٢] والبينة بتعديلهم فيه؛ فيجوز أن يكتب القاضي بشهادتهم عنده؛ ليكشف عن عدالتهم، فإذا صحت عنده حكم بشهادتهم.

والثالثة: أن يكون الشهود من غير البلد الذي يكتب إليه؛ فيجوز بعد سماع شهادتهم [أن يكتب][٣] إلى قاضي بلدهم، ويسأله عن عدالتهم، فإن عرفها كتب بها إلى القاضي الأول ليتولى الحكم بشهادتهم.

أما إذا كان الحق [قد ثبت عنده][٤] لكونه علمه وكتب به إلى غيره؛ ليقضي ذلك الغير بموجب علمه على المدعى عليه - ففي «العدة» و«البحر»: أنه لا يجوز القضاء به، وإن قلنا: يجوز القضاء بالعلم؛ لأنه في هذه الحالة شاهد، وبالكتابة لا تحصل الشهادة كاملة ولا غيرها.

وعن «أمالي» السرخسي: أنه يجوز، ويقضي المكتوب إليه إذا جوزنا القضاء بالعلم؛ لأن إخباره عن علمه إخبار عن قيام الحجة، فليكن كإخباره عن قيام البينة.

واعلم أن هاهنا أمرين لا بد من ذكرهما:

أحدهما: قال القاضي الحسين في «تعليقه»: إن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة دون الحكم ليس مسطورًا للشافعي، وإنما خرجها الأصحاب. فقياس قوله: ألا يجوز هذا عندي؛ لأن القاضي إذا سمع البينة فهو كشاهد فرع؛ فلا تثبت بقوله شهادة

---

(١) في ع: بالمشاهدة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.
(٤) سقط في ص، ع.

شاهدين؛ إذ الشهادة على الشهادة لا تثبت بواحد، قال الإمام في «النهاية»: وهذا ليس مذهبًا له ولا وجهًا مخرجًا، وإنما هو إبداء إشكال[(١)] وإيضاح وجه في الاحتمال. والذي أجمع عليه الأصحاب: ما قدمناه، ويؤيده أن القاضي بعد ذكر ما حكيناه عنه قال: ولعل أصحابنا إنما جوزوا هذا؛ لأنهم جعلوا سماع القاضي شهادة الشهود نوع حكم منه. ثم قال: فعلى هذا إذا سمع شهادة شاهد واحد، وكتب إلى [ذلك][(٢)] القاضي بسماع شهادة الثاني - يجب أن يجوز، وإذا استخلف من يسمع البينة على شيء يكون بالخيار بين أن يستعيد تلك البينة [إذا حكم بنفسه، وبين أن يأخذ بقول خليفته ويقتصر على سماعه البينة][(٣)] ويحكم.

والرافعي قال فيما لو قال الحاكم لخليفته: اسمع دعوى فلان وبينته، ولا تحكم بها حتى تعرفني، ففعل، هل للحاكم أن يحكم به؟ القياس أنها كإنهاء أحد القاضيين في البلد إلى الآخر لإمكان إحضار الشهود. وهذا منه موافق لما ذكره القاضي، لكن قال: الأشبه هاهنا أن له الحكم؛ لأن تجويز الاستخلاف شرع للاستعانة بالخليفة، وذلك يقتضي الاعتداد بسماعه، بخلاف سماع القاضي المستقل، وبهذا أجاب أبو العباس الروياني في «الجرجانيات» على تلوم فيه.

الثاني: كيفية[(٤)] الكتاب في صورة مسألة الكتاب، بعد ذكر المدعي والمدعى عليه، والقاضي المكتوب إليه، وتحرير الدعوى ونحو ذلك؛ كما ذكرنا في الفصل قبله- أن يكتب: وقد شهد عندي بذلك فلان وفلان بكذا، وقد ثبت عندي، ولا يقول: حكمت به.

وقال الشيخ أبو حامد: لا يقول ثبت عندي أيضًا. بناء على مذهبه في أن الثبوت حكم؛ كما حكاه عنه الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم، واختاره ابن [أبي][(٥)] عصرون، وقد يقال: إن كلام الإمام منطبق عليه حيث قال: إن الأصحاب قالوا: سماع البينة من القاضي حكم [منه][(٦)] بقيام البينة.

والحكم على مذهبنا ليس افتتاح أمر وإنشاء شأن، وإنما [هو][(٧)] إظهار ما تقرر

(١) في ج: شك.
(٢) سقط في ص، ع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ج: كتبته.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ج.
(٧) سقط في أ.

ممن هو مطاع متبع، فإذا حكم لزيد على عمرو، فمعناه: ظهر له وجوب حق لأحدهما على الثاني، والشرع ألزم اتباعه، كذلك إذا ظهرت البينة فأظهرها، كان ذلك حكمًا منه، لكن الذي عليه أكثر الأصحاب أن الثبوت ليس بحكم، وهو أصح عند الماوردي وغيره؛ لأن الحكم هو الإلزام، وليس في الثبوت إلزام، وهو في ثبوت الحق كالإقرار، وادعى في «البحر» أن الشافعي -رضي الله عنه- نص عليه في «الأم» حيث قال:[١] كتابه كتابان:

أحدهما: كتاب تثبت يستأنف المكتوب إليه به الحكم.

والثاني: كتاب حكم [منه][٢].

ثم ما ذكرناه من تسمية الشهود في هذه الصورة واجب، صرح به القاضي الحسين والغزالي والإمام، وقال الرافعي: القياس التجويز؛ كما أنه إذا حكم استغنى عن تسمية الشهود، وأن هذا هو المفهوم من إيراد صاحب «التهذيب» وغيره، وأنه يجوز أن يقدر فيه خلاف؛ بناء على أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البينة نقل للشهادة أو حكم بقيام [البينة][٣]؟ إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وإن قلنا: نقل، فلا بد من التسمية؛ كما أنه لا بد أن يسمي شاهد الفرع[٤] شاهد الأصل[٥]. [وهذا البناء فيه نظر؛ لأن من قال: إنه[٦] ليس بحكم، قال: تسمية الشهود في هذه الصورة لا بد منها، وذلك دليل على أنه ليس بحكم؛ إذ لو كان حكمًا لما احتيج إلى ذلك، وإذا كان هذا دليله لم يحسن بعده ما ذكر من البناء.][٧] نعم، حكى [الروياني][٨] في «البحر» أن بعض أصحابنا بخراسان قالوا[٩]: يجوز أن يكتب: [ثبت][١٠] عندي بشهادة العدول، ولا يسميهم، فإن لم تثبت عدالتهم سماهم. وهو ضعيف.

فرع[١١]: إذا قال القاضي: صح مورد هذا الكتاب عليّ، وقبلته قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه - قال أبو سعد الهروي: سُئِلت عنه في الدار النظامية بأصبهان، هل هو حكم أم لا؟ فقلت: يرجع إلى الحاكم، فإن قال: أردت الحكم، فهو حكم، وإن تعذر

---

(١) زاد في ع: في.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: الأصل.
(٥) في ج: الفرع.
(٦) في أ: إن الثبوت.
(٧) سقط في ص، ع.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: قال.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: قال.

الرجوع إليه فالاعتماد على عرف الحكام، فإن اعتقدوه حكمًا فهو حكم، ثم استقر رأيي، لما وليت قضاء همذان على أنه ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجة.

قال: وإذا كتب الكتاب أحضر شاهدين، أي: عدلين ممن يخرج إلى ذلك البلد، ويقرأ [عليهما الكتاب](١)، أو يقرأ(٢) عليه وهو يسمع؛ كي لا يحرف(٣) منه شيء، [ولا فرق](٤) في الحالة الأخيرة بين أن يكون القارئ(٥) غير الشاهدين أو هما. نعم، إن كان القارئ غيرهما(٦)، فقد قال الشافعي -رضي الله عنه-: وأحب للشاهدين أن ينظرا في الكتاب عند قراءته؛ كي لا يغير منه شيء أو يسقط. وهذا على وجه الاستحباب؛ كما صرح به [في](٧) «المهذب» وغيره؛ لأنهما يؤديان ما سمعاه.

قال: ثم يقول لهما: اشهدا علي أني كتبت إلى فلان بن فلان بما سمعتما في هذا الكتاب(٨)؛ لأن بذلك يصح التحمل عنه، وليس بعده غاية تفعل، لكن قوله: اشهدا عَلَيَّ، مذكور على وجه التأكيد، حتى لو قال لهما بعد القراءة: هذا كتابي إلى فلان، ولم يسترعهما، ولا قال [لهما](٩): اشهدا علي بما فيه، كفى، كذا جزم به القاضي أبو الطيب، وتبعه ابن الصباغ وغيره.

وحكى الماوردي وجهًا: أنه لا يكفي؛ بناء على منع الشهادة على المقر من غير استرعاء المقر المشهود، وهذا ما اقتضى كلام صاحب «الإشراف» عند الكلام في صفة الشهادة أنه المذهب.

وعن ابن كج رواية وجه: أنه يكفي مجرد القراءة عليهما.

قال الأصحاب: وإذا تم التحمل وضعا خطهما فيه قبل غيبوبته عنهما، ويختماه بختمهما، وكذلك القاضي يختمه بختمه، لكن ختم [الشهود يكون في الباطن، وختم](١٠) القاضي يكون في الظاهر، ويذكر في الباطن صفته كما تقدم، وهذا أيضًا على وجه التأكيد والاحتياط؛ لأن المعتبر عندنا ما يذكره الشاهدان(١١)، حتى لو

---

(١) في التنبيه: الكتاب عليهما.
(٢) في التنبيه: يقرآن.
(٣) في ج: يحذف.
(٤) في ع: والفرق.
(٥) في ع: القاضي.
(٦) في ص، ع: عليهما.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ع: المكتوب.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في ج: الشاهد.

حضر الكتاب وهو مفتوح بعد ختمه، أو قد انمحى - عمل بما يذكرانه، ولم يضر ذلك، بل لو ذكر الشاهدان شيئًا وفتح الكتاب، فوجد [ما فيه][١] مخالفًا لما ذكراه - عمل بقولهما؛ كما صرح به القاضي الحسين والإمام عن الأصحاب.

ولو غاب الكتاب عنهما قبل إثبات خطهما فيه فقضية ما ذكرناه: أنه لا يضر ذلك.

وفي «الحاوي»: أنه لا يصح هذا التحمل؛ لأنه يحتمل أن يبدل في الغيبة بغيره.

ثم ما ذكرناه من الختم محله - كما قال الماوردي - إذا لم يكتب للكتاب[٢] نسخة، ورأى القاضي أن[٣] يقره مع الطالب، فلو رأى أن يقره مع الشاهدين[٤] فالأولى ألا يختمه؛ ليتدارساه [ويحفظا ما فيه][٥] حتى يشهدا به إن ضاع أو انمحى. ولو كتب للكتاب نسختين؛ لتكونا مع الشاهدين - كان أولى، وقد أشار إلى ذلك الشافعي -رضي الله عنه- بقوله: وينبغي أن يأمرهم بنسخ كتابه في أيديهم، ويوقعوا فيه شهادتهم.

قال في «البحر» - حكاية عن الأصحاب-: والأولى أن تكون كتابة النسختين قبل [أن يقرأ القاضي الكتاب][٦] عليهما؛ لتكون نسخة كل واحد معه حالة القراءة يقابل بها.

وابن الصباغ والبندنيجي قالا: ينظر في الكتاب: فإن كان ما فيه قليلًا يحفظانه اعتمد على حفظهما، وإن كان كثيرًا كتب كل واحد منهما نسخة، وقابل بها؛ لتكون معه يتذكر بها ما يشهد به.

قال: فإذا وصلا، أي[٧]: غير مرتابين بما في الكتاب، إلى محل ولاية المكتوب إليه قرأا الكتاب على المكتوب إليه، وقالا: نشهد أن هذا الكتاب قرأه علينا فلان بن فلان، وسمعناه وأشهدنا أنه كتب إليك بما فيه؛ لأنه الذي يحملانه[٨]، وبه يحصل المطلوب.

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: الكتاب
(٣) زاد في أ: هذه.
(٤) في أ، ص، ع: الشاهد.
(٥) في ج: ويحتفظا به.
(٦) في ص: قراءة القاضي بالكتاب، وفي ع: القراءة
(٧) في أ: إلى.
(٨) في أ، ص، ع: تحملوه.

وفي «التهذيب» و«الرقم»: أن القاضي إنما يفض الختم بعد شهادة الشهود وتعديلهم.

والذي ذكره أبو سعد الهروي: أن القاضي يفتح الكتاب أولًا، ثم يشهد الشهود. وهذا لا شك أنه خلاف في الأولى؛ لما عرفت أن [في][١] مذهبنا عدم اعتبار الختم[٢] من أصله.

ولا يكفي في ذلك لفظ الخبر، كما قال[٣] الماوردي، وهو منطبق على قول القاضي أبي الطيب وابن الصباغ وغيرهما: إنه لا يكفي اقتصارهما على قولهما: إن هذا كتاب فلان؛ لأنه يجوز أن يكون كتابه ولكنه[٤] لم يشهدهما عليه.

وأوجب القاضي أبو الطيب أن يقولا: أشهدنا في مجلس حكمه؛ لأن قول القاضي لا يصح إلا في مجلس حكمه.

قال في «المرشد»: وفي هذا نظر. ولم يبينه.

ولو تشككا[٥] في شيء مما في الكتاب لم يصح أداؤهما، ولو ورد الكتاب عليه وهو في غير محل ولايته لم يقبله، ولا يفضه ولا يسمع الشهادة؛ لما تقدم.

وقد اعتبر الماوردي في صحة الأداء أن يصل الكتاب إلى القاضي بمشهدهما، إما من أيديهما أو من يد الطالب بحضرتهما، فلو لم يشهدا حضوره لم يصح الأداء. واعتبر في «الإشراف» في قبول الشهادة أن يقول [الشاهد][٦]: أشهد أني أعرف فلان القاضي بعينه ونسبه، وأنه قاض في موضع كذا جائز القضاء.

قال: ولو قالا: نشهد أنه كتب إليك بهذا ولم يقرأا[٧]، أي: وكان القاضي الكاتب قد قرأه عليهما - لم يجز، أي: قبوله وإن كان[٨] مختومًا؛ لأنه ربما زور الكتاب عليهما وكذا ختمه، ولأن المقصود ما فيه، وهو مجهول عند القاضي قبل القراءة، والشهادة بما يجهله القاضي غير مسموعة، وما ذكره الشيخ هو ما نص عليه الشافعي -رضي الله عنه- كما نقله في «البحر»، ومثله يجري فيما لو أدرج [القاضي][٩] الكاتب الكتاب قبل القراءة، وقال لهما: اشهدا علي أن مضمون هذا

---

(١) سقط في أ، ص.
(٢) في أ: الخصم.
(٣) في أ: يقول.
(٤) في أ: ولكن.
(٥) في أ، ع: تشككنا.
(٦) سقط في ع.
(٧) في التنبيه: يقرآ.
(٨) في ج: بان.
(٩) سقط في ع.

الكتاب قضائي، فيكون التحمل فاسدًا، وهو ما جزم [به][(١)] القاضي أبو الطيب وغيره، وطردوه فيما لو كتب كتاب وصية، وذكر فيه ترتيب وصيته، ولم يقرأه.

والبندنيجي جعل مسألة الوصية أصلًا لمسألة القاضي، وحكى الماوردي في مسألة كتاب القاضي وجهًا في صحة التحمل؛ لأنها شهادة بكتاب معين، ونسبه الإمام إلى الإصطخري وقال: إنه متروك عليه غير معدود من المذهب. ثم أيده بعد ذلك، وقال: إن الوجه جوازه. وقد روي عن الإصطخري والماوردي والمصنف زيادة على ذلك، وأنه قال: لو لم يشهد الكاتب[(٢)] أحدًا بل كان المكتوب إليه يعرف خط الكاتب وختمه، واتصلت بمثله كتبه جاز قبوله؛ لأن كتب رسول الله ﷺ كانت مقبولة، ويعمل بها من غير شهادة، وهذا ليس بشيء؛ لما ذكرناه، وادعى الإمام أنه غلط لا شك فيه؛ فإن الكتاب لا تعويل عليه، والخط لا اعتبار[(٣)] به.

قال الماوردي: وكتب رسول الله ﷺ كانت الرسل الحاملة لها تشهد بها مع أنها تجري مجرى الأخبار التي يخفى[(٤)] حكمها؛ لعموم إلزامها[(٥)]، والشهادة محمولة على الاحتياط تغليظًا؛ ولهذا لا تثبت الشهادة بالخط إذا كتب بها الشهود، وإذا تمت الشهادة عند [المكتوب][(٦)] إليه، احتاج في[(٧)] إنفاذ حكم الكتاب[(٨)] إلى ثبوت عدالة شاهدي الكتاب عنده، ولا يكفي تعديل الكاتب لهما في كتابه؛ لأن في ذلك قبول شهادة الإنسان بعدالته، وقد نسب إلى القفال الشاشي الاكتفاء به، وغلطه الإمام فيه، وقال: إنه معدود من هفوات هذا الإمام.

قلت: وقد يشبَّه هذا الخلاف بخلاف قد حكي عن رواية الروياني في «الروضة» فيما لو شهد على الكتاب[(٩)] الشاهدان اللذان ثبت بهما الحق عند الكاتب، لكن الذي جزم به في «الإشراف» في هذه الصورة: القبول؛ لأن القبول فعل الحاكم والشهادة عليه، ولأنهما لو شهدا عند القاضي الثاني بما شهدا [به][(١٠)] عند الأول جاز. وذكر عقيب هذا الكلام [أن][(١١)] الأستاذ أبا طاهر قال: وعلى هذا أدركت القضاة من غير

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ع: الكتاب.
(٣) في أ، ص: معتبر، وفي ع: يعتبر.
(٤) في ج: يخف.
(٥) في ص، ع: التزامها.
(٦) سقط في ج.
(٧) في أ، إلى.
(٨) في ع: الكاتب.
(٩) في أ، ع: الكاتب.
(١٠) سقط في ع.
(١١) سقط في ج.

نكير من العلماء، وعليه تفقهت وفقهت الناس.

قلت: وقد يفهم من هذا أن هذا الكلام عائد إلى هذا الفرع، كما فهمه الرافعي وغيره، والذي وقع لي أنه عائد إلى ما ذكره قبله، وهو أن شاهد الأصل إذا زكاه شاهد الفرع جاز، وأن أحد الشاهدين إذا زكى الآخر جاز، ويؤيد ذلك أنه قال بعد قوله: «وفقهت الناس»: ولولا جواز هذا لما جازت شهادة أب وابن لأجنبي، وإحدى الشهادتين تكمل الثانية، وهذا التعليل لا يمكن عوده إلى الفرع الذي ذكرناه، فتأمله! والله أعلم.

وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم: أن الشاهدين إن قالا للحاكم الثاني: أشهدنا الحاكم على نفسه بثبوت الحق عنده، وأنه حكم به، ولم يذكرا أنه ثبت عنده بشهادتهما في لفظ أدائهما، وكان الحاكم الكاتب(١) قد ذكر في الكتاب اسميهما - ففي سماع شهادتهما وتنفيذ حكم الكتاب [بقولهما](٢) خلاف عند الأصحاب، والأصح: أنها تسمع وتنفذ. وإن قالا: أشهدنا(٣) الحاكم الكاتب أنه ثبت الحق عنده بشهادتهما(٤) وحكم بها، ثم أشهدنا على نفسه بذلك- قالوا(٥): فهل ينفذه المكتوب(٦) إليه؟ فيه خلاف مطلق. وقال أبو علي الثقفي: تسمع وتنفذ قولًا واحدًا، وعلى هذا تفقهت وفقهت الناس فيما وراء النهر. حكى هذا عنه الشيخ أبو علي في «شرحه الكبير».

فرع: لو أراد الشاهدان أن يمسكا الكتاب ويشهدا بمضمونه، قال في «الحاوي»: إن كان قد انمحى ما فيه أو معظمه لم يلزمهما إيصاله، وإن بقي ما فيه أو معظمه حرم إمساكه، ولم يمنع من صحة الشهادة.

تنبيه: في قول الشيخ: أحضر شاهدين، ما يعرفك أنه أراد رجلين؛ لأن شهادة رجل وامرأتين(٧) - وإن صدق عليهما اسم شاهدين - لا يحصل بهما نصاب الشهادة في المال، فكيف بك هاهنا؟! بل لو شهد على الكتاب رجل وامرأتان وهو متضمن ما يثبت بشهادة النسوة، لم يثبت.

---

(١) في ص: المكاتب.
(٢) سقط في ص، ع، وزاد في أ: فيه.
(٣) في ج، د، ص، ع: أشهد.
(٤) في ج، ع: بشهادتهم.
(٥) في ج: قال الأصحاب.
(٦) في أ، د، ص، ع: الكاتب.
(٧) في أ، د، ص، ع: وامرأة.

وعن ابن كج رواية وجه في ثبوته برجل وامرأتين إذا تعلقت الحكومة بمال، وذكر أنه لو كان كتاب القاضي في رؤية هلال رمضان كفى شهادة واحد، فأجرى الكتاب مجرى المكتوب به، وأنه لو كتب(١) في الزنى وجوزناه في العقوبات، [فهل يثبت](٢) بشهادة رجلين، أم(٣) لا بد من أربعة؟ فيه وجهان كالقولين في الإقرار بالزنى.

قال: وإن مات القاضي الكاتب [أو عُزل](٤)، أو مات المكتوب إليه [أو عزل وولي غيره - حمل الكتاب إليه](٥) وعمل به.

أما في الأولى؛ فلأن الكتاب إن تضمَّن الحكم كان العمل به متفقًا عليه، كما حكاه القاضي أبو الطيب، وإن لم يتضمن سوى الثبوت؛ فلأن الحاكم الكاتب أصل لشاهدي الكتاب، وهما باقيان، وفرع لمن شهد عنده، وتغير حال الأصل الذي هو فرع لغيره، لا يمنع من ثبوت الحكم بشهادة فرعه، دليله: ما لو أشهد(٦) شاهدا(٧) الفرع على شهادتهما فرعين ثم ماتا؛ فإنه يحكم بشهادة الفرعين لكونهما أصلًا.

وفي «البحر»: أن بعض أصحابنا بخراسان قال: إن الكتاب يخرج بموت الكاتب عن أن يكون بينة. وهو غلط.

وأما في الثانية؛ فلأن الاعتماد على ما [يؤديه الشاهدان](٨) لا على الكتاب(٩)؛ ألا ترى أنه لو انمحى أو ضاع جاز للمكتوب إليه أن يسمع الشهادة ويحكم بها، وإذا كان المعول عليهما(١٠) [فهما حاضران](١١).

قال الإمام: وما وقع من التخصيص فهو إقامة رسوم غير ضائرة ولا قادحة، والدليل عليه أن التخصيص إنما يتخيل من تولية أو استنابة، وليس لهذا القاضي أن يولي أحدًا(١٢) في غير محل ولايته، ولا أن يستنيب بحكم الولاية، وهذا مذهب البغداديين(١٣) من أصحابنا، ولم يورد القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ

(١) في ج: كتبه.
(٢) في أ، د، ص، ع: فثبت.
(٣) في ج، د، ع: أو.
(٤) سقط في ع.
(٥) سقط في ج.
(٦) في أ، ع: شهد.
(٧) في ج: شاهد.
(٨) في ج: يؤدونه.
(٩) في أ: الكاتب.
(١٠) في ج: على الشهود.
(١١) في أ، حاضران، وفي ج: فهم حاضرون.
(١٢) في أ: آخر.
(١٣) في ع: العراقيين.

والقاضي الحسين والإمام سواه.

وفي «الحاوي» حكاية وجه آخر قال به البصريون من أصحابنا: أنه لا يجوز له قبول كتاب غيره؛ كالشهادة عند المعزول لا يحكم بها المولى بعده، وعلى هذا: فالأحوط أن يكون كتاب القاضي الأول إلى من يبلغه من قضاة المسلمين؛ فإنه إذا كان كذلك حكم به من وصل إليه.

[وعلى الأول][١] قال القاضي أبو الطيب: الذي يقتضيه المذهب: أنهما إذا شهدا عند قاض آخر، والمكتوب إليه حي، وهو على عمله - أنه يجوز ويحكم به، وكذا إذا ولي المكتوب إليه موضعًا آخر، فحمل الكتاب إليه فيه، وعلى ذلك ينطبق قول القاضي الحسين، الذي حكى الإمام بعضه: [إنه لو][٢] آثر شهود الكتاب المنجز من حاكم مَرْوَرُّوذ إلى حاكم نيسابور، المقام بسرخس[٣]، أو الانعطاف إلى مرورود، أو قالوا: لا نصحبك إلا بجُعْلٍ؛ لجواز ذلك لهما؛ لما يلحقهم[٤] في قطع تلك المسافة من المشقة العظيمة - فالمدعي بالخيار بين أن يشهد على شهادتهم جماعة يصحبونه في الطريق إلى نيسابور، ويشهدون له في مجلس قاضيها[٥]، [وليس لهم أن يقولوا: لا تشهد على شهادتنا إلا بجعل - وبين أن يثبت ذلك[٦] في مجلس قاضي سرخس][٧]، وينجز[٨] منه كتابًا إلى قاضي نيسابور. قال: وكذا لو استقبله الخصم في الطريق، له أن يثبت ذلك في مجلس كل قاض أمكنه. وفي «التهذيب»: أنهم لو أرادوا المقام في موضع ليس فيه قاض ولا شهود، ليس لهم ذلك، بل عليهم المضي إلى موضع فيه قاض][٩] وشهود، وأنهم لو طلبوا الأجرة في هذه [الحالة][١٠] فليس لهم إلا نفقتهم، وكذا دوابهم، بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب؛ حيث[١١] لا يكلفون الخروج والقناعة؛ لأن هناك يمكن إشهاد غيرهم[١٢]، وهاهنا حامل الكتاب مضطر إليهم.

---

(١) سقط في ع.
(٢) في ص: إذا.
(٣) في ج: بسرخسين.
(٤) في ع: يلحقهما.
(٥) في أ، ع: قاضي سرخسين.
(٦) زاد في أ، ع: الحكم.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ج: ويتنجز.
(٩) سقط في ع.
(١٠) سقط في ص.
(١١) في ص، ع: حتى.
(١٢) في أ: غيره.

فرع: لو مات القاضي الكاتب، أو عزل وولي غيره، فرفع إليه كتاب الذي قبله - فهل يعمل به؟

قال في «الحاوي» و«البحر»: إن تضمن كتابه سماع البينة دون الحكم بقبولها، فلا يجوز للثاني أن يحكم [بقبولها[1] بسماع الأول حتى يستأنف الشهادة، وإن تضمن السماع والحكم][2] بقبولها وإلزام الحق الذي تضمنها[3]، عمل به الثاني ونفذه، وإن تضمن السماع والحكم بقبولها دون الحكم بإلزام [ما تضمنه[4]: فإن كان من شهد عنده حيًّا موجودًا، لم يكن للثاني أن يبني على حكم الأول بالقبول حتى][5] يستأنف سماع الشهادة والحكم؛ لأن القدرة على شهود الأصل[6] تمنع من الحكم بشهادة شهود الفرع، وإن كان ميتًا أو غير موجود كان للثاني أن يبني على حكم الأول؛ فيحكم بالإلزام [على حكم][7] الأول بالقبول؛ لأن تعذر القدرة على شهود الأصل يبيح الحكم بشهادة[8] الفرع.

قلت: وينبغي أن يتخرج على هذا ما لو ثبت عند القاضي حق ولم يحكم به، فعزل ثم ولي، هل يسوغ له الحكم به أم لا؟ وما قاله الإمام وغيره من أنه إذا أقيمت بينة في مجلس القاضي، فغاب قبل القضاء بها، وخرج عن[9] محل ولايته، ثم عاد فهل يبني[10] القضاء على البينة السابقة أو يستعيدها[11]؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا.

والثاني: يستعيدها؛ كما لو عزل وولي ثانيًا؛ فإنه لا خلاف أنه يستعيدها، فلعله محمول على حالة وجود الشهود كما ترشد إليه قوة الكلام، أو محمول على حالة سماع البينة [دون الحكم][12] بقبولها، وإليه يرشد التصوير.

على أن الإمام قال: في المسألة احتمال - وقد حكاه في «التهذيب» وجهًا في كتاب القسامة-: أنه إذا ولي المعزول ثانيًا لا يستأنف البينة.

(١) زاد في أ: دون الحكم.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ج، د، ع: تضمنته.
(٤) في أ، ص: تضمنها.
(٥) سقط في ع.
(٦) زاد في ع: لا.
(٧) في أ، ص: بحكم.
(٨) في أ، ج، د: بشهود.
(٩) في أ: من.
(١٠) في ع: ينبني
(١١) في أ: يستبعدها.
(١٢) في أ: أذن الحاكم.

فإن قلت: ما ذكره الماوردي يظهر أنه متفرع[١] على ما هو محكي عن عامة الأصحاب من أن سماع البينة من القاضي سبيله سبيل نقل شاهد الفرع شهادة شاهد الأصل، [أما][٢] إذا قلنا: سبيله سبيل الحكم بقيام البينة - كما رآه الإمام الأظهر - فيظهر أن يقال هاهنا: إن للثاني أن يحكم، وإن كان من شهد عند الميت أو المعزول حاضرًا؛ كما ينقل هو بنفسه ذلك إليه.

قلت: كلام الإمام الذي حكيته من قبل يأباه، بل مصرح بنفيه، لكن النص الذي وعدت به ثم لا يأباه، بل مصرح به.

واعلم أن ما ذكرناه من عمل المكتوب إليه بالكتاب عند موت الكاتب أو عزله منوط بما إذا لم يكن المكتوب إليه نائبًا عن الكاتب، أما إذا كان نائبًا عنه، فعمله به[٣] ينبني على أنه ينعزل بموته وعزله أم لا؟ وفيه طرق:

إحداها: إن كان الاستخلاف بغير الإذن وجوزناه انعزل، وإن كان بالإذن فوجهان، كذا حكاهما[٤] القاضي الحسين في باب ما على القاضي في الخصوم.

الثانية: ينعزل خلفاؤه إن كان خاص العمل كقاضي قرية أو صقع قد استخلف فيه[٥] من ينوب [عنه][٦] في القضاء، وإن كان عام الولاية في جميع الأمصار كقاضي القضاة، ففي انعزال القضاة بموته وجهان:

أحدهما: لا ينعزلون؛ لعموم نظره كالإمام.

والثاني: ينعزلون بموته لخصوص نظره بالقضاء فكان كقاضي إقليم، وهذا ما أورده الماوردي.

الثالثة: وهي التي أوردها القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ - إطلاق وجهين فيه:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وأبوي علي ابن أبي هريرة والطبري؛ كما نقله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والجمهور، كما قاله الرافعي، وجعله البندنيجي المذهب، واختاره في المرشد أنه ينعزل كالوكيل.

والثاني: - وهو ما صححه القاضي الحسين عند الكلام فيما نحن فيه، وقال في «البحر»: إن القفال اختاره-: أنه لا ينعزل؛ لأنه نصبه لحكم المسلمين، لا في ملكه؛

---

(١) في أ، ص: يفرع. (٢) سقط في ص. (٣) في أ، عنه.
(٤) في ص، ع: ذكرهما. (٥) في ج: عنه. (٦) سقط في ج.

فهو معه كالإمام الأعظم مع القضاة والأمراء، فإنهم لا ينعزلون بموته ولا عزله.

والقائلون بالأول افترقوا:

فمنهم من سوى بين الإمام والقاضي، وقال: من ولاه الإمام ينعزل بموته وعزله أيضًا؛ كما حكاه الإمام والماوردي قبله، وعلى هذا فلا فرق.

والجمهور سلموا الحكم بعدم انعزال من ولاه الإمام بموته أو عزله، وادعى(١) القاضي [أبو الطيب](٢) أنه لا خلاف فيه، وكذلك صاحب «التلخيص» كما نقله في «البحر»، ومنعوا كون القاضي يعقد للمسلمين، بخلاف الإمام، واستدلوا لذلك بأن الإمام ليس له أن يعزل القاضي إذا لم تتغير حاله، ولو عزله لم ينعزل، وليس كذلك نائب القاضي؛ فإن له عزله، وفرقوا بأن القضاة لو انعزلوا بموت الإمام [أو عزله](٣)، لأدى إلى الضرر العظيم الواصل إلى كافة الأمة، بخلاف خليفة القاضي؛ كذا قاله [القاضي](٤) أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ.

وإذا جمعت بين الطرق واختصرت قلت: في عزل من ولاه القاضي بعزله أو موته أوجه:

ثالثها: إن استخلف(٥) بالإذن لم ينعزل. وإلا انعزل، ولم يورد الغزالي سواها.

ورابعها: إن كان المولي قاضي القضاة لم ينعزل بموته، وعزله من ولاه، وإلا انعزل.

وفي «الرافعي» عوضًا عن الوجه الثالث الذي ذكرناه، فإنه إن استخلف بغير الإذن انعزل، وإن كان بالإذن: فإن قال: استخلف عني، لم ينعزل، وإن قال: عن نفسك، أو أطلق فينعزل؛ لظهور غرض المعاونة، وبطلان المعاونة ببطلان ولايته. وجعل هذا الوجه أظهر الوجوه، وبه يجيء في المسألة خمسة أوجه.

وهذا كله فيمن استخلف للحكم، أما من استخلف في سماع شهادة أو أمر خاص فينعزل جزمًا، وأما المستخلف على الأيتام والوقوف فقد ألحقه في «الوسيط» بالمستخلف في الحكم، والذي جزم به صاحب «الحاوي» وتبعه صاحب «البحر»:

---

(١) زاد في أ: منهم.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ص، ع: وعزله.
(٤) سقط في أ، ص، ع.
(٥) في ع: استخلفه.

أنهم لا ينعزلون، وهو ما قال الرافعي: إنه المشهور؛ كي لا تختل أبواب المصالح، وصار سبيلهم سبيل القوام المنصوبين من جهة الواقفين.

ولو كان الإمام قد نصب بنفسه نائبًا عن القاضي في الحكم، فعن أبي الفرج السرخسي: أنه لا ينعزل بموت القاضي وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام.

قال الرافعي: ويجوز أن يقال: إذا كان الإذن مقيدًا بالنيابة ولم يبق الأصل، لم يبق النائب.

قلت: قد حكيت عن الماوردي في أوائل باب[١] ولاية القاضي أن الإمام إذا استناب شخصًا، وصرح في التولية له بأنه نائب عن القاضي المولى من جهته قبل ذلك - هل لذلك القاضي عزله أم[٢] لا؟ فيه وجهان: فإن قلنا: ليس له عزله، فكذلك هاهنا لا ينعزل بموته وعزله، وإن قلنا: له عزله، يشبه أن يخرج على الخلاف، والله أعلم.

وقد تعلق بما نحن فيه كلام تقدم[٣] الوعد به، وهو أن القاضي هل يسوغ عزله مع سلامة الحال، ونحن الآن نخوض فيه، فنقول: إن كان القاضي خليفة لقاض آخر، فقد حكينا هاهنا عن الأصحاب أن لأصله عزله.

وفي «الشامل»: أنه يجيء على قول من قال: إن خليفة القاضي لا ينعزل بموته، أنه ليس له أن يعزله مع سلامة الحال، وهذا قد قاله القاضي أبو الطيب، لكن [ليس][٤] بصيغة الاحتمال والتخريج، بل كما يحكي غيره عن المذهب.

وإن كان القاضي قد ولاه الإمام فقد حكينا هاهنا عن الأصحاب أنهم قالوا: ليس للإمام عزله مع سلامة الحال. وقد حكاه الماوردي هنا عن الجمهور؛ بناء على الفرق [بين القاضي][٥] والإمام.

وقضية ما حكيناه عن بعض الأصحاب من التسوية بين من ولاه الإمام والقاضي في الانعزال بالموت والعزل: أن له عزله مع سلامة الحال، وهو الذي جزم به الماوردي في أوائل كتاب الأقضية، وجعل تولية القضاء من العقود الجائزة.

وقد حكى الوجهين صاحب «الإبانة» والعدة في غير هذا الموضع، وبناهما

---

(١) في ص: الباب، وفي ع: الكتاب في.
(٢) في ص: أو.
(٣) في أ، تعلق.
(٤) سقط في ص، ع.
(٥) سقط في ج.

القاضي أبو الطيب عند الكلام في الاستخلاف على أنه هل يجوز استخلاف القاضي فيما يقدر على مباشرته بنفسه أم لا؟

فإن قلنا: يجوز - كما قاله الإصطخري؛ لأنه صار بالولاية كالإمام - فالإمام لا يجوز له عزل القاضي [مع سلامة الحال.

وإن قلنا: يمتنع الاستخلاف كما في الوكيل، فللإمام عزل القاضي](١).

لكن قضية هذا البناء: أن يكون الصحيح جواز العزل؛ لأن الصحيح منع الاستخلاف عند القدرة كما تقدم، والذي حكاه جمهور الأصحاب من العراقيين: منع العزل مع سلامة الحال، وقد أشار إلى ذلك ابن الصباغ عند الكلام في الاستخلاف أيضًا.

وحكى الإمام عن [القاضي](٢) أنه قال: له عزله إذا رابه منه أمر، ويكفي فيه غلبة الظن بذلك، ولو لم يظن غير الخير: فإن لم يكن ثَمّ من يصلح للقضاء لم ينعزل، وإن كان ثَمّ من هو أصلح منه انعزل، وإن كان مثله فوجهان. ثم قال: وإطلاق الكلام على هذا الترتيب غفلة عما يراد في هذا الباب، فنقول أولًا: حق على الإمام ألا يصدر شيئًا من أمور المسلمين إلا عن رأي ثاقب وبحث ونظر في الصلاح، وهذا مطرد في العزل والتولية، فإن عزل شخصًا وولى دونه؛ لمصلحة - وهو إن رأى أن الأصلح [أولى لشغل أولى](٣) مما هو فيه - فهذا ينفذ ويجب القطع به، ولا يجوز تقدير خلاف فيه، وإن فرض منه عزل مطلق، فلا اعتراض عليه إذا كان يتطرق إليه إمكان النظر، ولا يجوز أن يكون فيه خلاف. وإن رددنا الكلام إليه في نفسه وقلنا(٤): لو لم يصدر عزله عن نظر، فهل ينفذ ذلك؟ فهذا تردد فيه بعض الناس المنتمين إلى الأصول، والذي أقطع(٥) به أنه ينفذ، ولكن يتعرض صاحب الأمر بترك الأصلح لخطر المأثم، ولو لم يقل بهذا لرددنا حكم من ولاه ثانيًا، وهذا يجر خبلًا عظيمًا، ولست ألتزم الخوض فيه.

والذي رأيته في «تعليق» القاضي: [أنه](٦) إن عزله بمن هو أصلح منه انعزل، وإن

---

(١) سقط في ع. (٢) سقط في ع.
(٣) في ج، د: الأولى لشغل أولى، وفي ع: أولى لشغل مهم أهم.
(٤) في أ: قلنا. (٥) في أ: قطع. (٦) سقط في ع.

عزله بمن هو دونه لم ينعزل على المذهب.

وقال في «الوسيط» - على الأظهر-: وإن عزله بمثله فوجهان.

وبين عبارة الإمام وهذه فرق فتأمله.

وقد وافق الماوردي الإمام في بعض ما أبداه من التفصيل في أواخر كتاب الأقضية، حيث قال: إذا عزل الإمام المولى عن اجتهاد أدى إليه، إما لظهور ضعفه وإما لوجود من هو أكفأ منه - جاز، وإن عزله مع الاستقامة نفذ وإن كان غير جائز؛ لأن عزله حكم من أحكام الإمام، وأحكام الإمام إذا لم تخالف نصًا ولا(١) إجماعًا لا ترد.

وحكى ابن أبي الدم أن الشيخ أبا علي قال في «شرحه الكبير»: إذا ولى الإمام قاضيًا(٢) لم يتعين عليه، فعزله بمثله أو بمن هو أصلح منه - قال القفال: لا ينعزل؛ لأنه صار قاضيًا من جهة الله تعالى. وقال بعض شيوخنا: ينعزل، وعلى هذا لو أخبر الإمام أن قاضي بلد كذا قد مات، فولى غيره، ثم بان كونه حيًّا - لم ينعزل الأول عند القفال، وعلى الوجه الثاني ينعزل، وتكون الولاية للثاني، وهو ما أورده الرافعي من غير بناء.

وهذا حكم عزله، أما عزله نفسه فقد قال في «الحاوي»: إنه لا يكون قوله: عزلت نفسي، [عزلًا](٣)؛ لأن العزل يكون من المولي، وهو لا يجوز أن يولي نفسه؛ فلم يجز أن يعزلها. نعم، إن كان معذورًا جاز اعتزاله، وإن كان بغير عذر منع من الاعتزال، وإن لم يجبر عليه؛ لأن ولاية القضاء(٤) من العقود الجائزة؛ ولذلك نفذ فيه عزل الإمام، وإن خالف الأولى، لكن لا يجوز أن يعتزل إلا بعد إعلام الإمام واستعفائه؛ لأنه موكول إلى عمل تحرم إضاعته، وعلى الإمام أن يعفيه من النظر إذا وجد غيره؛ حتى لا يخلو العمل من ناظر، فإن أعفاه قبل ارتياد غيره جاز إن كان لا يتعذر، ولم يجز إن تعذر، ويتم عزله باستعفائه وإعفائه، ولا يتم بأحدهما، فإن نظر بين استعفائه وإعفائه صح نظره.

وصاحب «التهذيب» و«الكافي» قالا: إذا عزل نفسه [هل](٥) ينعزل؟ حكمه

---

(١) في ج: أو.

(٢) زاد في أ، ج، د، ص: إن.

(٣) سقط في ع.

(٤) في ص، ع: القاضي.

(٥) سقط في ع.

حكم الإمام إذا عزله.

وجزم في «النهاية» و«الحاوي» في أوائل كتاب الأقضية بانعزاله، وكذا الرافعي وقاسه على الوكيل، والقاضي الحسين قال بذلك عند عدم تعينه، وقال: إنه إذا كان متعينًا عليه ففيه نظر؛ لأن الحسن بن علي -رضي الله عنهما- خلع نفسه بعد أن ولي بثمانية أشهر، والتمسوا من عثمان -رضي الله عنه- أن يخلع نفسه فلم ير[١] ذلك.

والذي حكاه ابن أبي الدم: لا ينعزل عند تعينه، وفي انعزاله إذا لم يتعين وجهان، أصحهما: الانعزال، وعلى هذا: لو أنكر القاضي كونه قاضيًا، قال في «البحر»: قال جدي: صار معزولًا كالوكيل، وفيه وجه ضعيف: أنه لا يصير معزولًا.

فرع: إذا عزل القاضي حيث يجوز العزل، فهل ينعزل قبل بلوغ الخبر [إليه][٢]؟ فيه طريقان:

أحدهما: حكاية قولين فيه كالوكيل، وبهذا قال صاحب «التلخيص» وابن كج.

والثاني - وهو الأصح، وبه قطع أبو زيد-: القطع بعدم الانعزال ما لم يبلغ الخبر؛ لعظم الضرر في رد أقضيته بعد العزل، وقبل بلوغ الخبر.

قال في «الحاوي»: وفرق الأصحاب بين الوكيل والقاضي بوجهين:

أحدهما: أن القاضي ناظر في حق غير المولي[٣]، والوكيل ناظر في حق المولي.

والثاني: أن موت الإمام لا يوجب عزل القاضي، وموت الموكل يوجب عزل الوكيل.

فقوي القاضي بهذين الوجهين على الوكيل؛ فصح لأجلهما[٤] أحكام القاضي، و[٥] لم تصح عقود الوكيل.

ثم هذا الخلاف المذكور فيما إذا عزله لفظًا، أو كتب إليه: إني عزلتك، أو: أنت معزول، فأمّا إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي فأنت معزول، فلا ينعزل قبل أن يأتيه، وإن

---

(١) في ع: يرد

(٢) سقط في ص، ع.

(٣) في ع: الولي.

(٤) في ع: لأحدهما.

(٥) زاد في أ، ص: إن.

كتب: إذا قرأت كتابي فأنت معزول، فلا ينعزل قبل القراءة، ثم إن قرأه بنفسه انعزل، وإن قرئ عليه فوجهان:

أحدهما: لا ينعزل؛ لصورة اللفظ.

وأصحهما: الانعزال؛ لأن غرض الإمام إعلامه بصورة الحال لا قراءته بنفسه، وفي مثله في الطلاق، الأظهر: أنه لا يقع؛ لأن الطلاق قد يعلق على قراءتها خاصة فيتبع اللفظ.

قال: **وإن فسق الكاتب**، أي: قبل عمل المكتوب إليه بما في الكتاب، **فإن كان فيما [ثبت عنده]**[١] **ولم يحكم بطل كتابه**؛ لأن الكاتب كشاهد الأصل، وفسق شهود الأصل قبل الحكم بشهادة الفرع يمنع الحكم بشهادتهم.

قال: **وإن**[٢] **كان [فيما]**[٣] **حكم به لم يبطل**؛ لأن الحكم لا يبطل بالفسق الحادث، وهذا ما حكاه الماوردي والبندنيجي والقاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهم، وقد يطلب الفرق بينه وبين ما لو فسق الشاهد في الواقعة بعد الحكم بشهادته؛ فإن في نقض الحكم طريقين:

أحدهما: القطع بعدم النقض، وهو نظير ما قالوه هاهنا.

والثاني[٤]: حكاية قولين فيه، وعلى هذا يطلب الفرق.

لكن في «الرافعي»: أن القاضي ابن كج أطلق القول بأنه لا يقبل كتابه إذا حدث الفسق من غير فرق بين كتاب وكتاب، وأنه فرق بينه وبين الموت: بأن ظهور الفسق يشعر بالحنث وقيام الفسق قبل يوم الحكم، قال: وهذا قضية إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصباغ؛ وعلى هذا لا فرق.

أما إذا فسق الكاتب بعد عمل المكتوب إليه بالكتاب لم ينقض، وإن لم يتضمن الكتاب سوى الثبوت، صرح به الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم.

قال صاحب «الحاوي» وتبعه في «البحر»: والجنون الطارئ كالفسق.

وفي «الرافعي»: أن الشهود على القاضي كشهود الفرع [، وشهادة الفرع][٥] بعد

---

(١) في التنبيه: كتب به إليه.
(٢) في أ: فإن.
(٣) سقط من التنبيه.
(٤) في أ، ص، ع: والثانية.
(٥) سقط في أ، ج، د، ع.

موت[1] الأصل مقبولة، والعزل والجنون والعمى والخرس كالموت.

تنبيه[2]: كلام الشيخ في هذا الفصل[3] [يعرفك][4] أن القاضي ينعزل بالفسق؛ كما صرح به القاضي الحسين، وأشار في «الوجيز»[5] إلى خلاف فيه حيث قال: إن طرآن الفسق يوجب الانعزال على الأظهر. ومقابل الأظهر أنه لا ينعزل إلا بالعزل، كما نسبه الإمام إلى بعض الأصوليين من أصحابنا، والرافعي قال: إن طرآن الفسق يمنع من نفوذ الحكم على أصح الوجهين؛ كما يمنع طرآن الجنون والإغماء والخرس والخروج عن أهلية الضبط والاجتهاد بغلبة أو نسيان.

لكن منع الحكم في الصور[6] المذكورة [هل هو][7] لانعزاله حتى لو زال ما [قد][8] حدث فلا بد من تجديد التولية، أو لكون ما حدث مانعًا لا غير حتى إذا زال استمرت التولية؟ فيه وجهان، أصحهما: الأول، ومقابله في [«الإشراف»][9]: الفاسق إذا تاب، ادعى في «الإشراف» أنه منصوص عليه؛ قياسًا على الأب يتوب بعد الفسق، وقال الرافعي: إنه منسوب إلى تخريج صاحب «التلخيص» من قول الشافعي -رضي الله عنه- في أهل البغي: إنهم لا يقاتلون حتى يناظروا، ويسألوا عماذا ينقمون؟ فقد يسألون عزل عامل يذكرون جوره. فلو كان العامل ينعزل بالجور لقال: يدعون انعزاله بالجور، ولم يقل: يسألون عزله. قال الرافعي: إلا أنه لم يطرد جوابه في صورة الردة، وسلم أنه إذا تاب بعد الردة احتاج إلى عقد جديد، وقال الشيخ أبو زيد: القياس التسوية.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: القطع بأن الإغماء مانع؛ فإذا زال عادت الولاية، بخلاف الجنون.

وفي «الحاوي»: أنه إذا حدث الفسق في القاضي، فإن استدامه مصرًّا عليه انعزل به، ولو عجل الإقلاع عنه[10]: فإن كان من غير ندم وتوبة انعزل به، وإن كان إقلاعه عن ندم وتوبة نظر: فإن كان فسقه قد ظهر قبل التوبة انعزل به، وإن لم يظهر حتى

---

(١) في ص: ثبوت.
(٢) في أ، قلت.
(٣) في ج: الأصل.
(٤) في ج، د، ص، ع: معرف لك.
(٥) في ص: الوسيط.
(٦) في ص، ع: الصورة.
(٧) سقط في أ، ص، ع.
(٨) سقط في ج.
(٩) سقط في أ، ص، ع.
(١٠) زاد في أ: قال.

تاب منه لم ينعزل به؛ لانتفاء العصمة عنه؛ فإن هفوات ذوي الهيئات مقالة، قل أن[١] يسلم منها إلا من عصم، وإذا انعزل بالفسق، فحكم في حال العزل: فإن كان إلزامًا بإقرار صح، وإن كان حكمًا بشهادة بطل، وعليه أن يمتنع من الحكم، وينهي حاله إلى الإمام أو إلى من ولاه؛ ليقلد غيره، ولا يغتر به الناس إن لم يعرفوه، ويقف أحكامهم إن عرفوه، وهو في إنهاء حاله بين أمرين: إما أن يظهر الاستعفاء ويكتم حاله؛ ليكون أستر [له][٢]، وهو أولاهما، وإما[٣] أن يخبر بسبب انعزاله وإن كره له هتك ستره.

قال: وإذا وصل الكتاب، أي: الموصوف بما ذكرناه[٤]، وحضر الخصم، وقال[٥]، أي: بعد الدعوى عليه وإنكاره الحق وإقامة البينة بما في الكتاب: لست فلان بن فلان، أي: المذكور في الكتاب، وليس معروفًا بذلك - فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أخبر بنفسه، والأصل أن لا مطالبة عليه، فلو نكل عن اليمين حلف المدعي، وتوجه الحكم عليه، ولو امتنع من الحلف على نفي الاسم، وأراد[٦] الحلف على نفي الاستحقاق - فالمحكي عن الصيدلاني: أنه تقبل منه اليمين على هذا الوجه، ويندفع القضاء؛ استشهادًا بأن من ادعى عليه جهة في الاستحقاق كالقرض مثلًا، فلم يتعرض في جوابه لها، واقتصر على قوله: لا يلزمني تسليم شيء إليه - أنه تقبل منه اليمين، كذلك هاهنا.

قال الإمام: وهذا عندي خطأ؛ فإنه إنما امتنع[٧] من اليمين على نفي الاسم والنسب؛ لثبوتهما[٨]، ولو ثبتا فالحجة قائمة عليه، والقضاء [مبرم][٩]، وليس كالدعوى المختصة[١٠] بنفي الإقراض؛ فإن الدعوى ليست حجة، فأثبت الشرع للمدعى عليه مسلكًا في الخصومة يوافق الحق عنده، والمسألة محتملة مع ما ذكرناه.

ولأجل ما ذكره الإمام جزم في «الوجيز» بأنه لا يحلف كذلك، وقال ابن يونس:

---

(١) في أ، د، ص، ع: من.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ع: وله.
(٤) في ع: حكاه.
(٥) في التنبيه: فقال.
(٦) في أ: فأراد.
(٧) في أ، د، ص، ع: يمتنع.
(٨) في ع: لثبوتها.
(٩) سقط في أ، ص، ع.
(١٠) في أ، د، ص، ع: المحض.

إنه الصحيح. وقد اعترض على الصيدلاني بأن وزان ما نحن فيه في مسألة [دعوى][1] القرض - إن سلم أن بينهما مشابهة - أن يجيب المدعى عليه بأنه [ما][2] اقترض، ثم يروم أن يحلف على أنه لا يستحق عليه شيئًا، وفي هذه الصورة الصحيح: أنه لا يجاب كما سيأتي، والله أعلم.

أما إذا كان معروفًا بهذا الاسم فيحكم عليه [به][3]، ولا يقبل ما ادعاه. قاله الماوردي.

قال: فإن[4] **أقام المدعي بينة**[5] **أنه فلان بن فلان**، أي: الذي رفع نسبه في الكتاب، أو قال المدعى [عليه][6]: أنا فلان بن فلان[7]، إلا أني غير المحكوم عليه - لم يقبل قوله؛ لأن الظاهر أنه[8] المشهود عليه؛ فإن الأصل عدم مشاركة غيره له في ذلك.

قال: حتى يقيم بينة أن له من يشاركه في جميع ما وصف به في الكتاب[9]، أي: إن لم يكن المشار إليه يعرف به كما ذكره الماوردي؛ لأن الحكم -حينئذ- يصير محتملًا له ولغيره، وقال ابن الصباغ: إنه إذا ادعى أن له من يشاركه في ذلك سأل القاضي عنه وكشف، فإن لم يظهر ذلك حكم عليه؛ لأن الظاهر أنه المحكوم عليه، فإن ظهر فالقاضي يحضر ذلك الشخص ويسأله، فإن اعترف بأنه[10] المحكوم عليه ألزمه[11] الحق.

قلت: وفي هذا نظر من جهة أن كتاب القاضي لو تضمن أنه حكم على فلان بن فلان، ولم يرفع في نسبه، ولا وصفه بما يتميز به عن[12] [غيره - كان][13] الحكم باطلًا، حتى لو أقر رجل بأنه فلان بن فلان المعني بالكتاب، لم يلزمه شيء بالقضاء المبهم في نفسه؛ كما حكاه الغزالي، وقضية ذلك: أن يكون الحكم باطلًا -أيضًا- فيما إذا اعترف المشارك في الاسم بأنه المسمى في الكتاب والمعني به؛ لأجل

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ع.
(٣) سقط في ص.
(٤) في التنبيه: وإذا.
(٥) في التنبيه: البينة.
(٦) سقط في ص، ع.
(٧) زاد في التنبيه: فقال.
(٨) في أ: هو.
(٩) زاد في التنبيه: هذا.
(١٠) في أ: أنه.
(١١) في أ، ع: لزمه.
(١٢) زاد في أ: فلان بن فلان.
(١٣) سقط في ص، ع.

الإبهام. لكن قد يمنع ابن الصباغ الحكم الذي ذكرناه، ويسوي بين المسألتين فيقول: إذا تضمن الكتاب أنه حكم على فلان بن فلان ولم يرفع في نسبه ولا ميزه بصنعةٍ، فقال [شخص][(١)]: إنه المعني بالكتاب - يلزمه الحق؛ كما حكاه الرافعي عن «أدب القاضي» [لابن القاص و«إيضاح» أبي علي][(٢)]، والله أعلم.

وإن أنكر، قال البندنيجي وغيره: يقال للمحكوم له[(٣)]: ألك بينة تفرق بين الرجلين؟ فإن أتى بالبينة حكم له، وإن لم يأت بها كتب المكتوب إليه إلى الكاتب كتابًا، وعرفه ما وقع من الإشكال ليحضر شهوده، فيذكر لأحدهما صفة يتميز بها عن صاحبه: فإن وجد الحاكم مزية كتب بها وحكم عليه، وإن لم يجد مزية وقف الأمر حتى ينكشف.

هذا إذا كان حيًّا، وأما إن كان من هو بهذه الصفة ميتًا، قال الماوردي والبندنيجي: فإن لم يكن قد عاصر الحي فلا أثر لهذه المشاركة، وإن كان قد عاصره - قال البندنيجي: ويمكن أن يكون عامله-: فإن كان قد مات بعد الحكم فهو كما لو كان حيًّا، وإن كان [موته قبل الحكم][(٤)] فوجهان، اختار في «المرشد» منهما: أن الإشكال واقع، ووجه إلزام الحي: أن مطلق الأحكام يتوجه في الظاهر إلى الأحياء دون الأموات.

فرع: لو أقر بأنه المحكوم عليه، لكن طلب يمين المدعي على عدم القبض أو البراءة - لم يجب إلى ذلك؛ لأن الكاتب قد حلفه، صرح بذلك أبو الطيب والبندنيجي والماوردي وغيرهم.

وفي «التهذيب» في مسألة دعوى الإبراء: أنه يحلفه على أنه لم يبرئه.

قال الرافعي: فحصل في المسألة وجهان.

ولو طلب يمين الخصم على عدالة من شهد عليه لم يلزمه اليمين، وكذا لو سأل إحلافه على أن لا عداوة بينه وبينهم. نعم، لو سأله أن يحلف على أن لا ولادة بينه وبينهم ولا شركة، وجب إحلافه على ذلك؛ لاختصاصه بالمحكوم له دون الحاكم؛ كذا حكاه الماوردي، ونسبه الرافعي إلى «العدة».

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ج.
(٣) في ع: عليه.
(٤) في ص، ع: قبل موته.

قال: وإن[١] **حكم عليه**، أي: ألزمه الخروج [من][٢] الحق، فخرج منه، فقال: اكتب [إلي كتابًا][٣] **بأنك**[٤] **حكمت عليّ**، أي: وبأني[٥] وفيت [ما حكمت عليَّ به][٦]؛ حتى لا يدعي ذلك مرة [أخرى][٧] - **فقد قيل: يلزمه**؛ لاحتمال ما ذكره، ولأنه لو طلب الإشهاد على الخصم بالقبض لأجل ذلك وجب قولًا واحدًا؛ لأنه حق ثبت عليه ببينة؛ فكذلك يجب على القاضي. وهذا[٨] قول الإصطخري، وصححه الجيلي.

وقيل: لا يلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به بعد دعوى محررة، ولم يَجْرِ واحد منهما عنده. وهذا ما اختاره في «المرشد» والنواوي.

قال: إلا [أن يدعي][٩] **ذلك**[١٠] مرة أخرى؛ لأنه إذا ادعى ذلك مرة أخرى توجهت دعوى الدافع بالإقباض والقاضي يعلمه، [فساغت الكتابة][١١] به، وهذه الزيادة لم أرها لغير الشيخ، وإن كان الفقه يقتضيها نظرًا لما ذكرناه.

ولا خلاف أن الدافع لو طلب الكتاب الذي وصل بوجوب الحق عليه[١٢] بعد وفاء[١٣] الحق - لا يسلم إليه؛ لأن الورقة قد تكون ملك الخصم[١٤]، وإن لم تكن فله غرض في إمساكه لتذكار الشهود؛ فربما احتاج إلى شهادتهم.

قال القاضي أبو الطيب وغيره: وكذا لو باع واحد [شيئًا][١٥] فلا يلزمه تسليم كتاب الأصل ولا تمزيقه؛ لأنه ملكه وحجة عند الدرك[١٦]، ولم يدخل في البيع.

قال: وإن[١٧] **ثبت عند الحاكم حق**، أي: على حاضر أو غيره، فسأله[١٨] صاحب الحق أن يكتب له محضرًا بما جرى - كتبه ووقع فيه، أي كتب[١٩] علامته على رأسه،

---

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: لي الكتاب، وفي ص، ع: إلى الكاتب.
(٤) في التنبيه: إلى الحاكم الكاتب فأنك.
(٥) في ج: وأني.
(٦) في ج: الحق.
(٧) سقط في ص، ع.
(٨) في ج: هو.
(٩) في التنبيه: إذا ادعى.
(١٠) زاد في التنبيه: عليه.
(١١) في أ: فساغ له الكتاب، وفي ع: فساغ له الكتابة.
(١٢) في أ، ص: علي.
(١٣) في ع: وجوب.
(١٤) في ع: الشخص.
(١٥) سقط في ع.
(١٦) في أ: التدارك.
(١٧) في التنبيه: وإذا.
(١٨) في التنبيه: فسأل.
(١٩) زاد في ع: فيه

مثل: الحمد لله رب العالمين، وهو بتشديد القاف[١]، ودفعه إليه؛ لأن في ذلك توثقة[٢] لحقه، فشرع كالإشهاد على نفسه، لكن هذه الكتابة واجبة أم[٣] مستحبة؟ أطلق بعضهم فيها وجهين، وملخص ما ذكره في «الحاوي»: أنه ينظر في ذلك: فإن كان في دين يستوفى[٤] عاجلًا لم يلزمه، وإن كان في دين مؤجل أو [في][٥] ملك متأبد:

فإن كان في صورة يجب على الحاكم الإشهاد عليه فيها جزمًا، كما إذا ثبت الحق عنده بإقرار الخصم، وقلنا: [له أن][٦] يقضي بعلمه أولًا[٧] كما قاله البندنيجي، أو يثبت بنكول الخصم وحلف المدعي ففيه وجهان:

أحدهما: أن ذلك واجب كالإشهاد، وهذا أصح في «تعليق» القاضي الحسين، والمختار في «المرشد».

والثاني: أنه لا يجب؛ لأن الشهادة بينة تغني عنه، و[٨] المرجع عندنا إلى ما يذكره الشاهد، قال الغزالي: وعلى هذا فيستحب للقاضي استحبابًا مؤكدًا.

وإن كان في صورة قد اختلف في وجوب الإشهاد فيها، وهي إذا ثبت الحق بشهادة عدلين، فإن قلنا: لا يجب الإشهاد؛ لأن البينة بالحق موجودة - فكتب المحضر أولى، وإن قلنا: تجب؛ لأن في إشهاده على نفسه مع البينة الموجودة تعديلًا لبينته وإثباتًا لحقه - ففي[٩] إيجاب كتب المحضر الوجهان.

وعن ابن جرير الطبري، - وهو [ ][١٠] كما قاله الرافعي في أوائل كتاب الزكاة-: أنه لا يكتب المحضر إذا لم يعرف الخصمين[١١]؛ حتى لا يصير محضره الذي ثبت[١٢] له حجة على ما يكون باسمهما ونسبهما[١٣].

---

(١) أي: وقع.

(٢) في ع: توفية.

(٣) في ج، د، ع: أو.

(٤) في ج: أستوفي.

(٥) سقط في: ج.

(٦) في أ: إنه.

(٧) في أ، ص: أم لا.

(٨) في أ: أو.

(٩) في ص: مع.

(١٠) زاد في أ: قلت، وبياض في ج، ص.

(١١) في ع: الخصم.

(١٢) في ع: أثبت.

(١٣) قوله: وإذا ثبت عند الحاكم حق فسأله صاحب الحق أن يكتب له محضرًا بما جرى كتبه. ثم قال: وعن ابن جرير الطبري وهو كما قاله الرافعي في أوائل كتاب الزكاة - أنه لا يكتب المحضر إذا لم يعرف الخصمين حتى لا يصير محضره الذي ثبت له حجة على ما يكون باسمهما ونسبهما. انتهى كلامه.
واعلم أن المصنف قد أخلى بياضًا بمقدار نصف سطر بين «هو» وبين «كما»، والذي قاله الرافعي =

قال القاضي أبو الطيب وصاحب «البحر»: [وهذا غلط][(١)]؛ لأنهما إذا لم يكونا معروفين بعينهما، فإنه يذكر حليتهما، ولا يجوز [له][(٢)] ترك ذلك، والمعول عليه الحلية؛ فصار بمنزلة معرفة العين.

ونسب الإمام ما حكيناه عن ابن جرير إلى ابن خيران، وأنه ليس بشيء، والقاضي الحسين نسبه إلى الإصطخري وأنه [قال][(٣)]: إذا أقر المجهول عنده لا يقبل إقراره؛ لأني [لو][(٤)] قبلت ذلك لا آمن أن يكون واطأه المدعي؛ حتى يقر له، ويستعير اسم إنسان، فيسمي به نفسه، فإذا مات ادعى على ورثته، ولا ينفع القاضي كتب الحلى؛ لأن المستعار اسمه قد مات، وهو يدعي على ورثته. ثم قال: وهذا غلط؛ لأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام؛ فإنه لا يعرف جميع الخصوم.

قال: ويكتب نسخته ويودعها [في][(٥)] **قمطره**، أي: مختومة، ويكتب على ظهرها: خصومة فلان بن فلان، وتاريخها، [ووجه ذلك][(٦)]: الاحتياط؛ فإن فيها تذكارًا بالحال، و[إليها][(٧)] مرجعًا عند الحاجة، ولا شك في أن ذلك غير واجب، ثم القرطاس في كل الأحوال يكون من بيت المال؛ كما تقدم ذكره.

قال: فإن لم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال كان ذلك على صاحب الحق؛ لأنه يكتبه لحقه، وأشار القاضي الحسين إلى أنا إذا قلنا بوجوب الكتابة، ولم يكن للحاكم قرطاس من بيت المال، ولا أحضره الطالب: أنه يجب من مال القاضي على وجه، ثم قال: والصحيح: أنه لا يجب على القاضي شيء من ماله. وهذا ما جزم به [غيره][(٨)].

ثم صورة المحضر: «بسم الله الرحمن الرحيم، حضر القاضي[(٩)] فلان بن فلان،

= هناك ولم يستحضره المصنف هنا، وأخلى له ليحرره ويلحقه فلم يتفق له ذلك، هو أنه ليس معدودًا من أصحاب الوجوه، بل صاحب مذهب مستقل، فإنه قال: وتفرد ابن جرير لا يعد وجهًا، وإيراد المصنف يشعر بأن الذي كان في ذهنه هو العكس، وإلا لم يبق لذكر خلافه كبير طائل. [أ و].

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ص، ع.
(٤) سقط في ع.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ج: ووجهه.
(٧) سقط في ج.
(٨) سقط في ع.
(٩) زاد في ع: إلى.

ويرفع في نسبه؛ حتى يتميز، قاضي بلد كذا من قبل الإمام فلان، ويرفع في نسبه، أو من قبل القاضي فلان، ويرفع في نسبه، المولى من قبل الإمام فلان، وهو بمجلس حكمه ومحل ولايته من بلد كذا، فلان بن فلان الفلاني، ويرفع في نسبه بما يميزه[(١)] عن غيره، ويكتب حليته استحبابًا إن كان معروف النسب عند القاضي، وإلا كتب -كما قال ابن الصباغ وشيخه أبو الطيب والبندنيجي والإمام وغيرهم-: من ذكر أنه فلان بن فلان الفلاني - وكتب الحلية هاهنا واجب؛ كما قاله أبو الطيب - وادعى على فلان بن فلان الفلاني، ويرفع في نسبه، ويذكر حليته استحبابًا إن كان معروف النسب، وإلا فيذكرها وجوبًا؛ لأن المعول عليها.

ثم يذكر المدعى به وصفة الدعوى محررة، [ثم][(٢)] إن كان المدعى عليه قد أقر بالحق كتب إقراره [، و][(٣)] به. قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ.

وليس يحتاج أن يذكر أنه أقر له في مجلس حكمه؛ لأن الإقرار يصح فيه وفي غيره، وهذا قد نسبه الماوردي إلى الشيخ أبي حامد، وأنه قال: إن ثبت ببينة ذكر ذلك. وهو في «تعليق» البندنيجي.

قال الماوردي: وفرق بأن سماع [البينة][(٤)] حكم، وليس في الإقرار حكم. وهذا الفرق ليس له وجه؛ لأن الدعوى لا يسمعها القاضي إلا في مجلس حكمه؛ ولأنه يتعلق بالإقرار إلزام، والإلزام حكم.

ثم يذكر التاريخ ويوقع على رأسه بكتب[(٥)] العلامة؛ كما تقدم.

وإن كان المدعى [عليه][(٦)] قد أنكر، وقامت [عليه][(٧)] بينة كاملة بالحق، وكانت عادلة - كتب إنكاره، وأنه شهد عليه بالمدعى [به][(٨)] شاهدان عدلان، ثبت بهما الحق، وأن ذلك في مجلس الحكم؛ لأن الشهادة لا تُسمع في غيره، وحكم تسميتها وعدمها[(٩)] قد تقدم الكلام فيه.

وفي «الحاوي» و«البحر» في باب ما على القاضي في الخصوم: أن في تسمية

---

(١) في ع: بتميز به
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ، ج، د.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ع: ويكتب.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في ع.
(٨) سقط في ع.
(٩) في ع، ص: وعدمه.

الشهود الذين حكم بشهادتهم في المحضر والسجل وجهين:

أحدهما - قاله الإصطخري-: أن ترك تسميتهم أولى.

والثاني - قاله ابن سريج-: أن تسميتهم أولى وأحوط للمشهود عليه؛ فلعله يقدر على جرحهم.

قال الماوردي: مع أن كل واحد من الأمرين جائز.

وإن أقام المدعي شاهدًا [واحدًا][١] وحلف معه، ذكر ذلك، وأن الشهادة واليمين وقعا في مجلس الحكم.

ويختمه بالتاريخ، ويكتب القاضي في آخره: شهدا عندي، أو: شُهِدَ عندي بذلك. ويوقع على رأسه بالعلامة، وهذا إذا لم يكن له صك، فإن كان له صك وفيه خطوط[٢] الشهود قال القاضي أبو الطيب: فيكتب علامة توقيعه في صدره، ويكتب تحت خط الشاهدين[٣] اللذين شهدا عنده: شهدا عندي بذلك. ويقتصر عليه. قال: وكذلك في فصل الإقرار.

وفي «تعليق» البندنيجي: أنه يكتب تحت خط كل واحد: شهد عندي بذلك في مجلس حكمي وقضائي.

وإن كان المدعى عليه قد أنكر، ولم يكن للمدعي بينة، وطلب يمينه، فنكل عنها، وحلف المدعي بطلبه - كتب ذلك، وأنه جرى في مجلس الحكم، وختمه بالتاريخ، ووقع على رأسه بالعلامة[٤].

قال: فإن أراد[٥]، أي: المدعي - أن يسجل له[٦]، **كتب له سجلًا، وحكى فيه[٧] المحضر، وأشهد على نفسه بالإنفاذ** - أي بالحكم- بما ثبت في المحضر بعد الحكم به، حتى لا يكون كاذبًا في إشهاده، وألفاظه: حكمت له بكذا[٨]، وألزمته الحق، وأنفذت الحكم به؛ كما قاله ابن الصباغ.

قال: وسلمه إليه، وكتب نسخته، وتركها في قمطره، وتوجيه ذلك قد تقدم.

وهذا السجل يبدأ فيه بكتابة الشهادة، كما ابتدأ في المحضر بالحضور؛ فيكون أول

---

(١) سقط في ع.
(٢) في أ، ج، د، ص: خط.
(٣) في ع: الشهادتين.
(٤) في ع: العلامة.
(٥) في أ، ص، ع: طلب.
(٦) في ع: إليه.
(٧) في التنبيه: في.
(٨) في أ، ص، ع: به.

السجل: هذا ما أشهد عليه القاضي فلان - [على ما][(١)] قدمناه - في محضر نسخته كذا، ويكتب نسخة المحضر، فإذا فرغ منه قال: فحكم به وأنفذه وأمضاه بعد أن سأله ذلك، واستيفاء الشرائط المعتبرة في ذلك، وأشهد على نفسه. ولو كان السجل على ظهر كتاب أحضره، وكتب[(٢)]: أشهد عليه في مجلس حكمه أنه ثبت عنده مضمون الكتاب باطنه، وهو كذا، ثم بعد فراغه يكتب: وأنه حكم به. وللناس في ذلك عرف مختلف، والمرجع في كل قطر إلى عرف أهله، على أن المحاضر[(٣)] والسجلات كتب، هي بما ذكرناه أحق من هذا الكتاب.

فرع: قال في «الحاوي» في باب ما على القاضي في الخصوم: إذا تحاكم الخصمان، ولم يسألا القاضي الكتبة، كان القاضي مندوبًا إلى إثبات محاكمتهما في ديوانه، مشروحة بما انفصلت عليه من إلزام أو إسقاط؛ احتياطًا للمتحاكمين، ووجوب ذلك معتبر بالحكم: فإن كان مما استوفى وقبض[(٤)] لم يجب عليه إثباته، وإن كان إثباته مستظهرًا، وإن كان مما لم يقبض ولم يستوف: فإن كانت الحالة مشهورة ولا ينسى مثلها، لم يجب إثباتها، وإن جاز أن ينسى مثلها وجب عليه إثباتها؛ ليتذكر بخطه ما حكم [به][(٥)] وألزم[(٦)]؛ [لأنه كفيل بحفظ الحقوق على أهلها، فألزم][(٧)] بذلك ما يئول إلى حفظها[(٨)]، والله أعلم.

قال: وما يجتمع من المحاضر [والسجلات][(٩)] **في كل شهر، أو في كل أسبوع، أو في كل يوم - على قدر قلته وكثرته - يضم بعضها إلى بعض،** أي: فيصير قمطرًا، ويختم عليه ويكتب عليه: محاضر وقت كذا، من شهر كذا، من[(١٠)] **سنة كذا؛** ليسهل عليه كشف ما يريده عند الحاجة إليه

قال الأصحاب: وإذا اجتمعت[(١١)] محاضر سنة ضمها، وكتب عليها: محاضر سنة كذا.

ولو لم يفعل القاضي ذلك بنفسه، لكنه وكله إلى ثقة - جاز، والأولى: أن يكون

(١) في ج: كما.
(٢) زاد في ع: عليه.
(٣) في أ: للمحاضر.
(٤) في أ، ص، ع: وقبضه.
(٥) سقط في أ، ج، د، ص.
(٦) في أ: والتزم.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ع: حفظهما.
(٩) سقط في التنبيه.
(١٠) في التنبيه، ع: في
(١١) في أ: استجمعت، وفي ع: جمعت.

بحضوره [إن لم يتولاه][(١)]؛ خشية من إدراج[(٢)] شيء فيها.

وكلام الماوردي مشير إلى تعيين حضوره[(٣)] عند تولي الغير ذلك.

والأسبوع - بضم الهمزة والباء-: اسم للأيام السبعة.

قال: فإن لم يسجل له الحاكم، أي: لم يكتب له سجلًا، وقد أشهد على نفسه بالإنفاذ - جاز؛ لأن الحكم قد حصل، وكتبة[(٤)] ذلك لا يلزم بها شيء؛ فإن الاعتماد على ما يشهد[(٥)] به الشاهد، وقيل: يلزمه كالإشهاد، حكاه البندنيجي والمصنف وغيرهما.

قال الغزالي: ومن جوز للأُمِّيِّ أن يكون قاضيًا فلا يمكنه إيجاب الكتاب وإن التمس صاحب الحق.

[فإن قيل][(٦)]: هل تفصلون في وجوب الإشهاد في الحكم بين أن يكون الحكم قد ثبت بالبينة أو بالإقرار على وجه؛ كما ذكرتم ذلك في الإشهاد في الثبوت؟

قلت[(٧)]: قد أطلق ابن الصباغ القول بأن الإشهاد على نفسه بالحكم في هذه الصورة وغيرها واجب، وهو الذي لا يتجه غيره؛ لأن الحكم يحصل بما لم تحصله البينة، وهو الإلزام؛ فلذلك وجب، بخلاف الثبوت؛ فإنه لا يحصل أمرًا زائدًا على ما شهدت به البينة.

فرع: حدود الله - تعالى - هل يقبل فيها كتاب القاضي إلى القاضي؟ فيه قولان؛ كما في الشهادة على الشهادة فيها، وسنذكرهما إن شاء الله تعالى.

قال: وإن ادعى رجل على رجل حقًّا، فادعى[(٨)] **أن له حجة في ديوان الحكم**، أي: به، وذكر تاريخها، فوجدها كما ادعى، فإن[(٩)] **كان ذلك حكمًا حكم به هذا الحاكم لم يرجع إليه حتى يتذكر**[(١٠)]؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]؛ ولأن الخط والختم بصدد التزوير؛ فلا يجوز اعتماد القاضي عليه في الحكم بمجرده؛ كما أن الشاهد لا يجوز[(١١)] له الاعتماد على خطه في أداء الشهادة،

---

(١) سقط في ج.
(٢) في أ: اندراج.
(٣) زاد في ع: حتى.
(٤) في ج: وكتابة.
(٥) في ص، ع: شهد.
(٦) في أ: قلت.
(٧) في أ: فرع.
(٨) في التنبيه: وادعى.
(٩) في ج: بأن.
(١٠) في التنبيه: يذكر.
(١١) في أ، د، ص، ع: يسوغ.

وإن حفظ النسخة في خزائنه، ووثق بأنه لم يحرف، بل أولى؛ لأن الحكم أغلظ لما فيه من الإلزام، بخلاف الشهادة.

[فإن قيل][١]: قد قلتم: إن الراوي[٢] يجوز له في الرواية الاعتماد فيما يرويه عن رسول الله ﷺ على النسخة إذا وثق بها، فهلا كان القضاء [مثله][٣]؟

قلنا[٤]: لنا في الرواية وجهان:

أحدهما - ما صار إليه الصيدلاني، وحكاه الرافعي عن رواية المصنف-: أنه لا يحل للمحدث إلا رواية ما حفظه وتذكره؛ فليرو كذلك أو ليترك؛ وعلى هذا اندفع السؤال.

والثاني: جواز ذلك كما ادعيتم، وهو الصحيح.

وعلى هذا: فالفرق أن أمر الرواية أسهل؛ ولهذا تسمع من العبد، بخلاف القضاء والشهادة.

وقد سوى الشيخ أبو محمد بين الشهادة والرواية في الاعتماد على الخط عند الوثوق به، وحكى الرافعي عنه وعن غيره أنه طرده في القضاء، قال الغزالي: وما ذكره أقرب مما ذكره الصيدلاني.

وكما لا يجوز اعتماد القاضي فيما حكم به على الخط والختم ما لم يتذكر، لا يجوز اعتماده فيه على شهادة شاهدين شهدا عنده بأنه حكم به؛ لأنه يمكنه أن يذكر ذلك ويصل[٥] إلى اليقين؛ فلا يرجع إلى الظن؛ ولهذا لو شهد عنده شاهدان بأنه صلى لم يرجع إليهما، وإن كان حق الله -تعالى- أخف؛ لأنه مبني على المسامحة، وأيضًا فإن الشهادة أخف من الحكم ولو شهد عند الشاهد شاهدان بأنه شهد بحق، لم يجز أن يشهد به حتى يتذكر؛ فالحكم أولى.

وفي «الإشراف» «والرافعي» أن ابن القاص قال: إنه يجوز له الحكم إذا شهد عنده بأنه حكم؛ لأن الشافعي -رضي الله عنه- قال: «وينظر القاضي في المحضر، فإن لم يتذكر شهدوا عليه». والمذهب: الأول، والضمير في قول الشافعي -رضي الله عنه-:

---

(١) في أ: قلنا.
(٢) في ع: الذي.
(٣) سقط في ج.
(٤) في أ: قيل.
(٥) في ع: ويتوصل.

«شهدوا عليه»، عائد إلى المحكوم عليه إذا كان قد أقر عند الحاكم بالحق؛ كما ذكره الأصحاب.

نعم، لو شهدا[(١)] عند غيره بأنه حكم بذلك: فإن كان بعد تكذيبهما لم يحكم به ذلك الغير أيضًا؛ لفسقهما بقول الحاكم الأول، وكذا لو لم يكذبهما الأول، لكنه أنكر أن يكون حكم به.

قال الشافعي -رضي الله عنه-: «فإن علم غيره أنه أنكره فلا ينبغي له أن يقبله».

ووجهه القاضي أبو الطيب والماوردي وغيرهما بأن الحاكم كشاهد الأصل، وشاهد الأصل لو أنكر الشهادة لم يجز لشاهد الفرع أن يشهد بها.

ولو لم يصدر منه تكذيب ولا إنكار، لكنه توقف - ففي حكم الثاني بذلك وجهان حكاهما القاضي الحسين عن رواية أبي إسحاق، والمذكور منهما في «تعليق» البندنيجي والقاضي أبي الطيب: الجواز، وعليه يدل النص؛ حيث قال - كما ذكره في «البحر»-: إلا أن الحاكم إذا لم يتذكره لا يجوز [له أن يبطله][(٢)]، ولا يجوز له أن يحقه، ولكنه يتوقف عنه، حتى لو رفع إلى حاكم آخر يمضيه وجوبًا.

والمذكور في «المهذب»، وهو المختار في «المرشد»: مقابله، وهو منسوب في «البحر» إلى أبي بكر الأودني؛ كما لو شهد شهود الفرع عند الحاكم، ثم قامت بينة أن شاهدي[(٣)] الأصل توقفا[(٤)] عن الشهادة - لا يحكم بشهادة الفروع. ثم قال: وهو غلط؛ لما ذكرناه من النص.

قال الماوردي والبندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وغيرهم: وإذا تذكر القاضي الحكم ألزمه إياه قولًا واحدًا، ولا يتخرج على القضاء بالعلم، بل هو إمضاء ما حكم به.

وعن «أمالي» أبي الفرج الزاز حكاية طريقة أخرى إن أمضاه على القولين في القضاء بالعلم.

فرع: هل للمدعي تحليف الخصم عند توقف القاضي في الحكم، [على][(٥)] أنه لا يعرف حكم القاضي؟ قال صاحب «التهذيب»: يحتمل وجهين. وهما مأخوذان مما

---

(١) في أ، د: شهدوا.
(٢) في ع: أن ينقله.
(٣) في ج: شهود.
(٤) في ج: توقفوا.
(٥) سقط في ع.

سنذكره في الدعاوى - إن شاء الله تعالى-: [أن][١] ما ليس بعين[٢] الحق، ولكنه[٣] ينفع في نفس الحق، هل تسمع الدعوى به أم لا؟

قال: وإن كان حكمًا حكم به غيره لم يرجع إليه حتى يشهد به شاهدان؛ لإمكان التزوير والتحريف، وقد حكيت[٤] أن الإصطخري جوَّز قبول كتاب القاضي إذا عرف خَطَّه وخَتْمَه وتكرر ورود كُتُبه عليه، وهذا يظهر مجيء مثله هاهنا.

قال: وإذا[٥] **لم يعرف الحاكم لسان الخصم**، أي: لكونه عربيًّا والخصم عجمي؛ فإن القاضي لا يتصور أن يكون عجميًّا؛ كما قاله الإمام تبعًا للقاضي الحسين؛ لأن الشرط: أن يكون مجتهدًا على المسلك الأصح، ومن ضرورة ذلك أن يكون عالمًا بلغة العرب؛ فإن الشريعة عربية.

قال: رجع فيه إلى من يعرف، أي: ولا يشك فيه؛ للضرورة في فصل الخصومات، فإن شك الشاهد في ذلك اللسان لم يقبل منه، نص عليه في «الأم»، ولو [احتاج إلى][٦] أجرة فهي على صاحب الحق أم[٧] في بيت المال كأجرة الحاكم؟ فيه وجهان في «الأحكام» لابن شداد، وقال: إنا إذا قلنا بالأول، فالواجب [عليه][٨] أجرة المثل فيما يتعلق بخاصته في مثل حقه[٩].

---

(١) سقط في ج.
(٢) في ع: بغير.
(٣) في أ، ص: لكن.
(٤) في أ، د، ص، ع: حكينا.
(٥) في التنبيه: وإن.
(٦) في ص: كان.
(٧) في ج: أو.
(٨) سقط في ع.
(٩) قوله: ولو احتاج المترجم إلى أجرة، فهل هي على صاحب الحق أم في بيت المال كأجرة الحاكم؟ فيه وجهان في الأحكام لابن شداد، وقال: إذا قلنا بالأول، فالواجب عليه أجرة المثل فيما يتعلق بخاصته في مثل حقه. انتهى كلامه.
وما ذكره أخيرًا في بيان مقدار ما يجب يعتبر قريبًا من المهمل، أو له دلالة لكن على حكم ممنوع، وهو إيجاب البعض على الطالب، والبعض على خصمه، والصواب الاقتصار على اللفظ الأول وهو إيجاب أجرة المثل، وسبب ذكر هذه الزيادة أن الإمام ذكر المزكي والمترجم والمسمع، وحكى وجهين في أن أجرتهم تجب في بيت المال أو على طالب الحق، ثم قال ما نصه: فعلى هذا - أي: الثاني - يجب على كل واحد مقدار أجرة المثل فيما يتعلق بحقه وخصومته. هذا كلامه، ومعناه أن كل واحد من المذكورين تجب عليه بمقدار ما يقع له من العمل، وذكر في البسيط نحوه أيضًا، فاقتصر المصنف على المترجم واتبعه بهذا اللفظ المضطرب ظنًّا منه أن الخصومة - بالميم - هي الخصوصية بالصاد، فأبدلها بالخاصة لكونها أوضح، وزاد لفظة «مثل» لغير معنى؛ فلزم الخلل، ثم إنك قد علمت أن الوجهين =

وفي «الرافعي» عوضًا عن الأول: أنها لا تجب في بيت المال؛ كالوكيل، ونسبه إلى تخريج [صاحب][1] «التلخيص»، وأنه يحكى عن أبي زيد أيضًا. وعلى هذا: فمؤنة ما يترجم[2] للمدعي [على المدعى][3] عليه؛ لأنه يبلغ كلامه، والخلاف جار في أجرة المُسْمع، ويكون على الوجه الأول [على][4] صاحب الحق[5]؛ كما قاله في «الوسيط».

قال: ولا يقبل فيه إلا قول من تقبل[6] **شهادته**، [أي: فيما يترجم[7] فيه؛ لأنها شهادة عند الحاكم بما يقف عليه الحكم؛ فلا تقبل إلا من عدل تقبل شهادته][8] كالإقرار.

= بتفردهما مشهوران، فكيف عدل إلى كتاب خامل الذكر قليل الجدوى لمتأخر غير ماهر في هذا الفن، ولا معروف لغالب أهله، وقد تأملت الكتاب المذكور فلم أظفر فيه بطائل. [أ و].

(١) سقط في ع.
(٢) في أ، ج، د: ترجم.
(٣) سقط في ص، ع.
(٤) سقط في ج.
(٥) قوله في المسألة: وفي الرافعي عوضًا عن الأول أن مؤنة ما يترجم للمدعي على المدعى عليه؛ لأنه يبلغ كلامه، والخلاف جار في أجرة المسمع، ويكون على الوجه الأول على صاحب الحق. انتهى.
واعلم أن الذي ذكره الرافعي على ما هو موجود في النسخ المعتمدة أن مؤنة من يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه، أعني بزيادة الجار والمجرور مع الأول، وهكذا هو في الروضة أيضًا، والتعليل الذي يشهد للمصنف على هذا الحكم الذي نسبه إلى الرافعي لم يذكره الرافعي فاعلمه، ثم إن كلام المصنف وكلام الرافعي الموجود في النسخ إنما وقع فيه التعرض في طلب الأجرة لقسم واحد، وإن اختلفا أيضًا في تغيير ذلك القسم، فإن الرافعي اقتصر على ذكر ترجمة كلام المدعي للمدعى عليه، وابن الرفعة بالعكس، وحينئذ فيقال لهما: ما حكم القسم الآخر؟ ولا شك أن القسم الذي ذكره الرافعي هو القسم الذي ينبغي الكلام عليه أولًا، فإنه سابق، وبالجملة فنسخ الرافعي قد حصل فيها إسقاط تابعه عليه في الروضة، وقد علم ذلك السقوط من الشرح الصغير فإنه عبر بقوله: وعلى هذا أي: إذا لم نوجبه على بيت المال، أو تعذر أخذه منه فمؤنة ما يترجم للمدعي على المدعي، ومؤنة ما يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه. هذه عبارته، والحاصل منها إيجاب المؤنة على المنقول إليه لا على المنقول عنه، فإنه عبر بـ«على» ولم يعبر بـ«عن»، وقد ظهر أن الواقع في هذا الكتاب عن الرافعي غلط، نعم الذي ذكره أيضًا الرافعي وتبعه عليه في الروضة مردود نقلًا وبحثًا، فإن المعروف وجوبه على طالب الحق؛ كما أوضحته في «المهمات».
تنبيه: ذكر أن المخدرة تسمى الخفرة -هو: بخاء معجمة مفتوحة وفاء مكسورة وراء مهملة. [أ و].
(٦) في التنبيه: يقبل.
(٧) في ج، د: ترجم.
(٨) سقط في أ.

وعلى هذا: فلا تسمع[(١)] ترجمة النساء في القصاص والحدود، وتسمع في الأموال وما في معناها مع رجل؛ كذا أطلقه البندنيجي، ولم يذكر الماوردي سواه، وقال: تسمع شهادة المرأة والرجل في الترجمة بالإقرار بالمال. وحكاه في «التهذيب» أيضًا، ثم [قال][(٢)]: قال الشيخ: وجب ألا تقبل في الأموال - أيضًا - إلا من رجلين؛ كما لا تثبت الشهادة على الشهادة بقول النساء، وإن كان الحق مما يثبت برجل وامرأتين. وهذا ما أورده القاضي الحسين والإمام، وقاساه على الوكالة.

والوجهان مذكوران في «الكافي»، وعلى الأول: ينبغي أن تسمع الترجمة من النسوة منفردات فيما يثبت بشهادتهن[(٣)] على الانفراد، وهو قضية قولهم: إن ما تقبل فيه الشهادة من المرأة تسمع فيه ترجمتها.

والوالد والولد لا تقبل ترجمتهما؛ كما لا تقبل شهادتهما؛ كذا أطلقه [في][(٤)] «الحاوي»، ولعله محمول على ترجمتهما[(٥)] بإقرار خصم قريبهما، وأما ترجمتهما بإقرار قريبهما فلا يظهر إلا سماعها[(٦)].

واعلم أن ظاهر كلام الشيخ يقتضي: أنه لا تقبل ترجمة الأعمى فيما يفتقر فيه إلى البصر، وهو وجه حكاه الرافعي والبغوي وصاحب «الكافي» والإمام عن رواية صاحب «التقريب» في منع ترجمته مطلقًا؛ لأن الأعمى ليس من أهل نقل الأقوال، ولا نظر إلى تفاصيل الأحوال، وعليه ينطبق قول الشيخ: ولا نقبل شهادة الأعمى إلا في موضعين. لكن الصحيح - وبه جزم الماوردي والقاضي أبو الطيب والروياني-: السماع إذا كلف القاضي المجلس السكوت؛ حتى لا يتكلم إلا المدعي والمدعى عليه؛ لأن الترجمة تفتقر إلى السماع [دون البصر، وشهادة الأعمى مقبولة فيما يتعلق بالسماع][(٧)] خاصة وإن ردت فيما يتعلق بالبصر.

قال: ولا يقبل إلا من عدد يثبت به الحق المدعى [به][(٨)]؛ لأن خبر مَنْ ليس بحاكم يفتقر إلى الحرية؛ فافتقر إلى العدد، أصله: الشهادة، وفيه احتراز من حكم

---

(١) في ج: تقبل.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ع: بشاهدين.
(٤) سقط في ج.
(٥) في ص: ترجمتها.
(٦) في أ، د، ع: سماعهما.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

الحاكم؛ لأن ذلك خبر من حاكم.

وقولنا: يفتقر إلى الحرية، احترزنا به عن أخبار الديانات(١) [و](٢) عن الفتوى، ولأنه نقل إلى الحاكم ما غاب عنه فيما يتعلق بأمر المتخاصمين؛ فكان من شرطه العدد كالشهادة.

وفي «الذخائر» حكاية وجه: أنه [يكتفي](٣) بالواحد كالمسمع(٤).

وقال الإمام: فيما إذا كان الخصمان عارفين بالعربية لا يغيب عنهما مدركها، ولكنهما لا يحسنان النظم-: الوجه أن يكون هذا بمثابة ما لو كان الخصمان سميعين، والقاضي أُطْرُوشٌ.

والحكم في الصورتين: أن القاضي إذا احتاج إلى التلقي من المتوسط بالترجمة أو الإسماع، والخصمان مدركان - فالوجه: أنهما إذا أدركا ما جرى وقرَّرا(٥) المترجم، كفى مترجم واحد، وحق القاضي أن يعتمد تقريرهما، وإن استظهر بإشارتهما فحسن، وإطلاق الأصحاب ذكر شاهدين في هذا المقام، التفاتٌ إلى قاعدة التعبد بالعدد.

ثم على المذهب، وهو الذي ادعى القاضي الحسين نفي خلافه: لو كان الخصمان أعجميين، فهل للمترجمَيْن عن أحدهما أن يترجما عن الآخر؟ [فيه](٦) قولان حكاهما القاضي الحسين، وقال في «الحاوي»: فيه وجهان مأخوذان من اختلاف الوجهين في الشاهدين إذا تحملا عن شاهد الأصل، هل يتحملان عن الشاهد الآخر؟ ومن اعتبار العدد في الترجمة يؤخذ أنه لابد فيها من لفظ الشهادة، [لأن ما يعتبر فيه العدد يعتبر فيه لفظ الشهادة](٧)، وهذا ما جزم به [القاضي](٨) أبو الطيب وغيره.

وفي «الحاوي» حكاية وجه آخر: أنهما يذكران ذلك بلفظ الخبر، قال: وليس بصحيح؛ لما ذكرناه.

و(٩) هذا في الترجمة عن الخصم للقاضي، أما في [الترجمة عما](١٠) يقوله

---

(١) في ع: الأمانات.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: كالممتنع.
(٥) في أ: قرر.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ج.
(٩) في أ، د، ص، ع: وإن.
(١٠) في ج: ترجمة ما.

القاضي للخصم، فإنه خبر محض، وليس بشهادة؛ لأن الشهادة لا تكون إلا عند الحاكم الملزم؛ فيجوز فيها ترجمة الواحد وإن كان عبدًا، ويجوز أن يكون المترجم لأحد الخصمين هو المترجم للآخر وجهًا واحدًا.

قال: فإن كانت(١) **الدعوى في زنى، ففيه قولان:**

أحدهما: **يقبل في الترجمة اثنان**؛ لأن المقصود [معرفة](٢) اللسان، وذلك يحصل بشهادة الاثنين، [وهذا أصح](٣) في «الجيلي».

والثاني: **لا تقبل(٤) إلا [من](٥) أربعة**؛ نظرًا إلى الحق المدعى به؛ ألا ترى أن ما لا تقبل فيه شهادة النسوة لا تقبل ترجمتهن فيه؟! وهذا القول لو سكت الشيخ عنه لأمكن(٦) أخذه من قوله: «ولا يقبل إلا من عدد يثبت به الحق المدعى به».

وقد أجرى بعضهم هذا الخلاف في ترجمة اللعان. والقاضي الحسين في كتاب اللعان قال: إنه يجري في نقل لعان الزوج؛ [لأنه مسوق لإثبات الزنى، فأما لعانها فيكفي فيه مترجمان؛ لأنها تنفي به الزنى](٧).

وفي «مجموع» المحاملي ثَمَّ طريقة قاطعة بأنه يكفي في الطرفين مترجمان، وقال: إنها المذهب. وضعف طريقة إجراء القولين بأن الزنى ما يثبت في هذا الموضع؛ لأن الزوج ينفيه، وكذلك الزوجة.

تنبيه: كلام الشيخ مصرح بأن الخلاف في ترجمة الزنى قولان، والماوردي وغيره قالوا هاهنا: إنه وجهان مبنيان على أن الإقرار بالزنى، هل يثبت بشاهدين أم(٨) لا بد من أربعة؟ وفيه قولان، فإن قلنا بالأول كفى في [الترجمة](٩) اثنان، وإلا فلا بد من أربعة.

[وقال الماوردي في كتاب اللعان: إنا إذا قلنا في الإقرار بالزنى: لا بد من أربعة،](١٠)، فهاهنا [هل](١١) لا بد من أربعة - أيضًا - أو يكفي اثنان؟ فيه وجهان، أصحهما: الاكتفاء.

---

(١) في أ، ج: كان.
(٢) سقط في ص، ع.
(٣) في ع: وهو الأصح.
(٤) في التنبيه: يقبل.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في ج: أمكن.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ج: أو.
(٩) سقط في ج.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ص، ع.

فرع: لو كان القاضي ثقيل السمع، [واحتاج إلى مُسْمِع][(١)]: فهل يشترط فيه العدد كالمترجم أو يكتفى بواحد؟ حكى الغزالي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يشترط، وهو ما اختاره الإمام، وقال: إنه يجب أن يُعتقد؛ لأن كلًّا من المُسْمِع والمترجم ناقلٌ إلى القاضي: فأحدهما ينقل معنى اللفظ، والآخر[(٢)] ينقل[(٣)] اللفظ بعينه؛ فلا معنى لاشتراط العدد في الترجمان، والتردد في المسمع[(٤)]، وعلى هذا يشترط لفظ الشهادة على أصح الوجهين، فيقول: أشهد أنه يقول كذا وكذا.

قال الرافعي: ويشبه أن يجري الخلاف في إسماع رجل وامرأتين في المال؛ كما ذكرنا في المترجم، وأجاب في «الوسيط» بالمنع كما ذكرناه عن صاحب «التهذيب». [ثَمَّ][(٥)].

والثاني: لا يشترط، قال الغزالي: لأن المسمع لو غيّر عَرَفَهُ الخصمان، أي إن كانا سميعين، والحاضرون، أي: إن كان الخصمان أصمَّيْن بخلاف الترجمة.

قال في «البحر»: وهذا ليس بشيء.

فعلى هذا: لا يشترط لفظ الشهادة، وهل تشترط الحرية؟ فيه وجهان كما في [شهادة][(٦)] هلال رمضان إذا اكتفينا فيه بالواحد. والأصح: الاشتراط، وأنه لا يسلك به مسلك الروايات.

والثالث: أن العدد لا يشترط، إلا أن يكون الخصمان أصمَّيْن فيشترط؛ لأن القوم[(٧)] قد يغفلون عن تغييره، فالخصم هو الذي يعتني به، وهو عاجز عن الرد لو غير المسمع. وقد فهم مما ذكره الغزالي [من التعليل][(٨)]: أن محل الاكتفاء بمُسْمِع واحد في حالة صمم الخصمين - على الوجه الثاني - ما إذا كان ثَمَّ حاضر غيرهم، أما إذا لم يكن [ثم][(٩)] حاضر غير الخصمين والقاضي والمُسْمِع، فلا يكتفى به. وهو متبع في ذلك الإمام، فإنه قال فيما إذا لم يكن ثم غيرهم: الوجه القطع باشتراط العدد، وإن حكى عن الأصحاب الوجهين في هذه الحالة أيضًا.

(١) سقط في ع.
(٢) في أ: وآخر.
(٣) زاد في أ، ع: معنى.
(٤) في ج: المستمع.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ص، ع.
(٧) في ص: الحاضرين.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في ج.

والقاضي الحسين جزم - على القول بالاكتفاء بمسمع واحد - بأن القاضي والخصمين إذا كانوا صمًّا، [بأنه][(١)] لابد من اثنين.

ثم قال الإمام: إن محل الوجه الثالث إذا لم يكن الحضور مأمورين من القاضي بالإصغاء ومراقبة الحال.

ولو كان المحتاج إلى المسمع الخصم خاصة لثقل سمعه - فعن «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أنه لا حاجة فيه إلى العدد. وهو معزي إلى القفال، وذلك قضية ما ذكرناه عن الماوردي [في المترجم، والله أعلم][(٢)].

قال: وإذا[(٣)] **حكم الحاكم بحكم، فوجد النص،** أي من الكتاب، أو السنة[(٤)] المتواترة أو المنقولة بالآحاد، أو الإجماع، أو القياس الجلي، أي: على اختلاف أنواعه التي سنذكرها بخلافه[(٥)] **نقض حكمه**؛ لأن الاجتهاد إنما يسوغ إذا لم يكن هناك مخالفة نص كتاب ولا سنة ولا إجماع ولا قياس غير محتمل، فإذا حكم باجتهاده في مثل ذلك كان مردودًا كما لو حكم بطريقة لا تصح في الشرع.

وقد ادعى الماوردي في حالة قيام الإجماع: أن النقض مجمع عليه من الخصوم.

واستدل هو وغيره على النقض في حالة وجود النص بقوله ﷺ: «مَنْ أَدْخَلَ فِي دِينِنَا مَا لَيْسَ مِنْهُ فَهُوَ رَدٌّ»[(٦)] ويروى: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»[(٧)]. وبآثار وردت عن عمر -رضي الله عنه- في هذا الباب اشتهرت ولم ينكرها أحد؛ فكان إجماعًا، منها ما ذكرناه من قبل أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري: «لا يَمْنَعَنَّكَ قَضَاءٌ قَضَيْتَهُ، ثُمَّ رَاجَعْتَ فِيهِ نَفْسَكَ فَهُدِيتَ الرُّشْدَ - أَنْ تَنْقُضَهُ، فَإِنَّ الرُّجُوعَ إِلَى الحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي فِي البَاطِلِ»[(٨)].

ولأن الكتاب والسنة أصل الإجماع[(٩)]؛ لأنه لا يجوز أن ينعقد[(١٠)] على [ما][(١١)] يخالفهما، فلما نقض حكمه بمخالفة الإجماع كان نقضه بمخالفة الكتاب والسنة أولى.

---

(١) سقط في ص، ع.
(٢) سقط في ج.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في أ، ج، د، ع: والسنة.
(٥) في التنبيه: يخالفه.
(٦) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٩/ ٢٥٣).
(٧) تقدم.
(٨) تقدم.
(٩) في ج: للإجماع.
(١٠) في ج، د، ص، ع: يعقد.
(١١) سقط في ج.

وفي «أدب القضاء» لابن أبي الدم: أنه [قيل:][1] لا ينقض القضاء إذا خالف خبر الواحد.

والصحيح: الأول؛ فينقض قضاء الحنفي في مسألة خيار المجلس [بنفيه][2] وفي العرايا، وذكاة الجنين والنكاح بلا ولي، وقيل: الأصح أنه لا ينقض في مسألة النكاح بلا ولي. وينقض - أيضًا - قضاؤه إذا حكم بشهادة فاسقين على الأصح، وكذلك قضاء من قضى بصحة بيع أمهات الأولاد [ينقض][3] على الأصح.

ثم المراد من النص: ما لا يحتمل تأويلًا، أو يحتمل تأويلًا بعيدًا يَنْبُو عنه اللفظ.

والقياس الجلي، قال النواوي: إنه الذي يعرف به موافقة الفرع الأصل، بحيث ينتفي احتمال افتراقهما أو يبعد: كقياس غير الفأرة من الميتات إذا وقعت في السمن، عليها، وغير السمن من المائعات والجامدات، عليه، وقياس الغائط على البول في الماء الراكد.

وفي «الحاوي»: أن القياس الجلي ما كان معناه في الفرع زائدًا على معنى الأصل، [وله ثلاثة ألقاب - كما قال البندنيجي-: جلي، وقياس في معنى الأصل][4] وقياس لا يحتمل إلا معنى واحدًا.

ومعنى الجلي: يجلى معناه تجلية بحيث لا يفتقر إلى بحث وسبر.

[وفي معنى الأصل: [عرف][5] حكم فرعه كما عرف حكم أصله وصارا واحدًا.

والذي][6] لا يحتمل إلا معنًى واحدًا: معناه: لا يصلح[7] تعليق الحكم بغير معناه.

قال الماوردي: وهو ثلاثة أضرب:

أحدها : ما عرف معناه من ظاهر النص[8] بغير استدلال، ولا يجوز أن يرد البعيد فيه، بخلاف أصله؛ كقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣]، فإن تحريم التأفيف يدل [ببديهة النص][9] على تحريم الضرب والشتم، ولا يجوز أن يحرم

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في ع.
(٧) في ع: يصح.
(٨) زاد في ع: لا.
(٩) سقط في ع، وفي ص: ببديهة.

التأفيف ويحل الضرب والشتم، ومثله قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۞ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ۞﴾ [الزلزلة]؛ وقوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لَّا يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَآئِمًا﴾ [الآية][(١)] [آل عمران: ٧٥].

وهذا الضرب من القياس أقرب وجوه القياس إلى النصوص؛ لدخول فروعها في النصوص، ولم يختلف أصحابنا في جواز تخصيص العموم [به][(٢)]، وإن اختلفوا في جواز النسخ به على وجهين:

أحدهما - وهو قول الأكثرين-: أنه لا يجوز.

ومقابله منسوب إلى أبي علي بن أبي هريرة، قال الماوردي: وقد حكاه عن بعض من تقدمه.

والضرب الثاني: ما عرف معناه من ظاهر النص بغير استدلال، لكن يجوز أن يرد البعيد فيه، بخلاف أصله، وذلك كنهيه ﷺ عن التضحية بالعوراء البين عورها، والعرجاء [البين عرجها؛ فكذلك العمياء والقطعاء قياسًا عليهما، وإن جاز أن يرد البعيد بتحريم العوراء أو العوجاء،][(٣)] وإباحة العمياء والقطعاء، وكنهيه ﷺ عن أن يلبس المحرم ثوبًا مَسَّهُ وَرْسٌ أو زعفران[(٤)]، فكان العنبر والمسك قياسًا عليهما.

وهذا الضرب يجوز تخصيص العموم به، ولا يجوز به النسخ بوفاق أصحابنا؛ لجواز ورود البعيد في الفرع، بخلاف أصله.

وفي «تعليق» البندنيجي أن بعض أصحابنا قال: لا يجوز أن يرد الشرع في هذا بخلاف الأصل.

والضرب الثالث: ما عرف معناه من ظاهر النص باستدلال ظاهر يعرف بأدنى[(٥)] نظر؛ كقوله تعالى في زنى الإماء[(٦)]: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥]، فجعل حدهن نصف حد الحرائر، ولم يكن المعنى فيهن إلا نقصهن بالرق، فكان العبيد قياسًا عليهن في تنصيف الحد إذا زنوا لنقصهم بالرق، ومثله قوله ﷺ: «من أعتق شركًا له في عبد وكان موسرًا، قوم عليه»؛ فكانت

---

(١) سقط في أ، ص، د.
(٢) سقط في ص، ع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ع: طيب.
(٥) في أ، د، ص، ع: بمبادئ.
(٦) في أ: الأيامى.

الأمة قياسًا على العبد، وقوله تعالى: ﴿إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ وَذَرُواْ ٱلْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩]؛ فكأن معنى نهيه عن البيع أنه تشاغُلٌ[١] عن حضور الجمعة؛ فكانت عقود المناكحات والإجارات وسائر الأعمال[٢] والصنائع قياسًا على البيع؛ لأنه تشاغل[٣] عن حضور الجمعة.

وهذا الضرب لا يجوز النسخ به، ويجوز تخصيص العموم به عند أكثر أصحابنا، وإن منع منه بعضهم لخروجه عن الجلاء بالاستدلال، وليس بصحيح؛ لأنه صار بجلاء الاستدلال كالجلي بغير استدلال.

قال البندنيجي وبعض أصحابنا[٤] يَعُدُّ هذا الضرب من أقسام القياس الواضح كما عدَّ منه قوله ﷺ: «لَا يَقْضِي القَاضِي وَهُوَ غَضْبَانُ»[٥]، ومعناه: أنه يغير العقل؛ فكان الجوع والجزع مثله، وكقوله ﷺ][٦] فِي الفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمْنِ: «إِنْ كَانَ جَامِدًا فَأَلْقُوْهَا وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا فَأَرِيْقُوْهُ»[٧]، فكان العصفور مثل الفأرة، والشحم مثل السمن؛ وكقوله - تعالى-: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾ [المائدة: ٣٢].

وخص الجلي بالضربين الأولين، وقال: كما ينقض الحكم إذا خالف القياس الجلي، كذلك إذا خالف القياس الواضح بهذا التفسير.

ولو خالف حكم الحاكم القياس الخفي، أو قياسَ غلبة الشبه - [لم ينقض حكمه؛ كما صرح به البندنيجي.

والقياس الخفي: هو ما خفي معناه؛ فلم يعرف إلا باستدلال[٨]، وتكون صفاته في الفرع[٩] مساوية لمعنى الأصل.

وقياس غلبة الشبه][١٠]: بما يجاذب الأصول، فأخذ من [كل][١١] أصل شبهًا، وأخذ كل أصل منه شبهًا. كذا قاله الماوردي، لكنه ذكر أن القياس الخفي

---

(١) في أ، ع: شاغل.
(٢) زاد في ع: المعاملات للأعمال.
(٣) في أ، د، ص، ع: شاغل.
(٤) زاد في ع: من.
(٥) تقدم.
(٦) سقط في أ.
(٧) تقدم.
(٨) في ص، ع: بالاستدلال.
(٩) في أ، ج، د: الفروع.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ج.

[على][(١)] ثلاثة أضرب:

أحدها: ما كان معناه لائحًا يعرف باستدلال متفق عليه؛ كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]، فكان عمات الآباء والأمهات في التحريم قياسًا على الخالات؛ لاشتراكهن في الرحم، وقوله تعالى في نفقة الولد الصغير[: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فكان نفقة الوالد عند عجزه في كبره؛ قياسًا على نفقة الولد؛][(٢)] لعجزه [في صغره][(٣)].

قال: وهذا ينقض به حكم الحاكم إذا خالفه، وفي جواز تخصيص العموم به وجهان.

والضرب الثاني: ما كان معناه غامضًا؛ للاستدلال المختلف فيه؛ فتقابلت معانيه حتى غمضت: كتعليل الربا في البر المنصوص عليه، فتقابل فيه التعليل بالأكل؛ ليقاس [عليه][(٤)] كل مأكول، والتعليل بالقوت؛ ليقاس عليه كل مقتات، والتعليل بالكيل؛ ليقاس عليه كل مكيل.

والضرب الثالث: ما كان مستبهمًا وهو ما احتاج نصه ومعناه إلى الاستدلال؛ كالذي[(٥)] قضى به رسول الله ﷺ: «أن الخراج بالضمان»، فخرج بالاستدلال أن الخراج هو المنفعة، وأن الضمان هو [ضمان][(٦)] البيع، ثم عرف معنى المنفعة بالاستدلال؛ فتقابلت المعاني بالاختلاف فيها.

فهذا والذي قبله لا ينقض بهما حكم الحاكم إذا خالفهما، ولا يجوز تخصيص العموم بهما.

وفي «الرافعي»: أن ابن القاص قال: إن الضرب الثاني من هذه الأضرب من الجلي أيضًا، وقضيته[(٧)] النقض.

وذكر الماوردي أن قياس غلبة الشبه نوعان: قياس تحقيق يكون الشبه في أحكامه، وقياس تقريب يكون الشبه في أوصافه، وقياس التحقيق [له][(٨)] ثلاثة أضرب:

---

(١) سقط في ع.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ع: الذي.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ج، د، ص، ع: وقضية.
(٨) سقط في أ، ص، وفي ع: يكون.

أحدها: أن يتردد حكم الفرع بين [أصلين: ينتقض](١) برده إلى أحدهما، ولا ينتقض برده إلى الآخر؛ فيرد إلى الأصل الذي [لا](٢) ينتقض برده إليه وإن كان [أقل شبهًا، ولا يرد إلى الأصل الذي ينتقض برده إليه وإن كان](٣) أكثر شبهًا.

مثاله: العبد هل يملك إذا مُلِّك؟ تردد بين أصلين:

أحدهما: الحر في جواز ملكه.

والثاني: البهيمة في عدم ملكه.

فلما انتقض برده إلى الحر في الميراث حين لم يملك به، وجب رده إلى التهمة؛ لسلامته من النقض، وإن كان شبهه بالأحرار أكثر من شبهه بالبهائم.

والضرب الثاني: أن يتردد الفرع بين أصلين [يسلم من النقض لو رد إلى كل واحد منهما، وهو بأحد الأصلين](٤) أكثر شبهًا منه بالأصل الآخر، مثل: أن يشبه أحدهما من وجه، و[يشبه](٥) الآخر من وجهين؛ فيجب رده إلى الأصل الذي هو أكثر شبهًا به.

مثاله: في الجناية على أطراف العبد تردد بين رده إلى الحر في تقدير الجناية على أطرافه، وبين رده إلى البهيمة في وجوب ما نقص من قيمته، وهو يشبه البهيمة في أنه مملوك ويورث، ويشبه الحر في أنه آدمي مخاطب مكلف، [يجب](٦) في قتله القود والكفارة، فوجب رده إلى الحر في تقدير الجناية على أطرافه دون البهيمة؛ لكثرة شبهه بالحر، وقلة شبهه بالبهيمة.

والضرب الثالث: أن يتردد حكم الفرع بين أصلين مختلفي الصفتين، ويوجد في الفرع بعض كل واحدة من الصفتين، ولا تكمل فيه إحدى الصفتين، لكن يوجد فيه الأكثر من إحداهما(٧)، والأقل من الأخرى؛ فيجب رده إلى الأصل الذي فيه أكثر صفاته.

مثاله: ثبوت الربا في الإهْلِيلَج والسَّقَمُونيا؛ لمَّا تردد بين الخشب في الإباحة، لأنه ليس بغذاء، وبين الطعام في التحريم؛ [لأنه مأكول؛ فكان رده إلى الغذاء في التحريم

---

(١) في أ، ص، ع: أصل منتقض.
(٢) سقط في أ، ص، ع.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ج.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ، د، ص، ع: الصفتين.

- لأنه مأكول][1]، وإن لم يكن غذاءً - أولى من رده إلى الخشب في الإباحة [وإن لم يكن غذاءً][2]؛ لأن الأكل أغلب صفاته.

وقال - أعني الماوردي - في موضع آخر: إن حكم القاضي ينتقض إذا خالف قياس التحقيق.

وعد في «النهاية» مما ينقض به قضاء القاضي: ما إذا تردد مذهبان بين موافقة قاعدة كلية وبين مجانبتها والتزام[3] حرمها، كمسألة المثقل، ومعظم مسائل الحدود والغصوب.

ثم المعني بنقض الحكم - كما قال الإمام في أول باب علم القاضي[4] بحال من قضى [عليه][5]-: التبيُّن، وإلا فليس القضاء أمرًا يعقد ويحل.

وحكى الماوردي في باب شهادة النساء: أن الحكم إذا وقع بأضعف المذهبين أصلًا مما ينقضه عليه غيره من القضاة فهو[6] باطل في الظاهر والباطن، لكن هل يفتقر بطلانه إلى حكم الحاكم أم لا؟ [فيه وجهان][7].

[فروع][8]:

من حكم بالتفرقة بين الزوجين بلعان ثلاث مرات، ينقض حكمه؛ لأنه خلاف الكتاب.

وكذلك من حكم برضاع الكبير بعد أن كان المرضع ابن سنتين وخمسة أشهر، ففرق[9] بين الزوجين - نقض حكمه، وردها على الزوج.

ومن أجاز نكاحًا عقد بشهادة فاسقين بلا إعلان ولا إظهار، نقض حكمه.

وكذا لو حكم بقتل مؤمن بكافر أو توريث أحدهما من صاحبه، أو حكم بإبطال قطع يد المرأة بيد الرجل، أو قتلها به حتى يغرم وليها نصف الدية؛ كذا حكاه القاضي حسين.

وفي «الرافعي»: أن من الأصحاب من منع النقض وقال: هي مسائل اجتهادية، والأدلة فيها متفاوتة. قال القاضي الروياني: وهو الصحيح. وكذلك ذكره القاضي ابن كج

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ج.
(٣) في أ، د، ص، ع: وإلزام.
(٤) في أ، د، ج: الحاكم.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ، د، ص، ع: فحكمه.
(٧) في أ، ص: على وجهين.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ج: يفرق.

في الحكم ببطلان خيار المجلس.

قال: وإن[١] **اختلف رجلان، فقال أحدهما: [قد][٢] حكم لي الحاكم [بكذا][٣]، وأنكر الآخر، فقال الحاكم: حكمت**، أي: وهو في محل ولايته باق عليها - قُبل قوله وحده؛ لأنه قادر على الإنشاء، [ومن قدر على الإنشاء قدر][٤] على الإقرار؛ كالزوج لما قدر على إنشاء الطلاق قدر على الإقرار به.

قال القاضي حسين: [حتى][٥] لو قال: قضيت على أهل [هذه][٦] البلدة بأن نساءهم طوالق وعبيدهم أحرار، قُبل قوله ونفذ حكمه.

وهذا إذا صرح بأن الحكم وقع بالبينة، أو بإقرار الخصم، أو بنكوله واليمين، [أو أطلق][٧] الحكم.

ولا يحوج القاضي إلى إثبات ما قام عنده من حجة ببينة، وإن منعنا القضاء بالعلم، وهذا متفق عليه. ولو أحوج إلى البينة، فعند من يقيمها؟!

نعم، [لو][٨] قال: حكمت عليه بعلمي، فذاك ينبني على أن القضاء بالعلم هل يسوغ؟ فإن قلنا: نعم، فالحكم كما تقدم، وإلا فلا يقبل[٩] إقراره، ولا يلزم المقضي عليه ما قضى به، كذا صرح به القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم.

[فإن][١٠] قيل: قد قلتم: [إن ما يسوغ فيه الاجتهاد إذا اتصل بحكم الحاكم لا ينقض، والقضاء بالعلم][١١] مما يسوغ فيه الاجتهاد؛ فينبغي إذا اتصل بالحكم ألا[١٢] ينقض.

قيل[١٣]: من يقول بأنه يسوغ له أن يقضي بعلمه، لم يجعل العلم حجة؛ فصار كما لو قال: حكمت[١٤] من غير مستند وبغير حجة. لا ينفذ وإن كان في [محل][١٥] الاجتهاد، بخلاف المواضع المختلف فيها.

---

(١) في التنبيه: وإذا.
(٢) سقط في ج.
(٣) سقط في ج.
(٤) في ج: قادر.
(٥) سقط في ص، ع.
(٦) سقط في ج، د، ع.
(٧) في ج: وأطلق.
(٨) سقط في ج.
(٩) في أ: ويقبل.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في ع.
(١٢) في أ: لا.
(١٣) في أ: فرع.
(١٤) في ص، ع: حكم.
(١٥) سقط في أ.

فرع: لو ادعى أحد الخصمين على القاضي المولَّى، وهو [في][١] محل ولايته، [عند قاض آخر في محل ولايته][٢] أيضًا؛ إما لكون أحدهما نائبًا عن الآخر، أو لكونهما أصلين، وجوزنا ذلك: أنك حكمت لي بكذا على خصمي، وأنكر [القاضي][٣] - فهل له طلب يمينه؟

الذي حكاه الأصحاب: أنه ليس له ذلك.

وعن القاضي الحسين أنه [قال][٤]: ينبني ذلك على أن النكول مع يمين الرد يجري مجرى البينة أو الإقرار؟

إن قلنا: يجري مجرى البينة، فلا حكم لها؛ لأن البينة لو قامت لم يقع بها حكم.

وإن قلنا: يجري مجرى الإقرار، فيحلف، قال الإمام: وتكون اليمين على نفي التذكر، فإذا نكل ردت اليمين على المدعي، وتنزل منزلة إقرار القاضي. قال الإمام: وهذا بعيد، والوجه ما ذكره الأصحاب.

أما إذا قال الحاكم بعد العزل، [أو][٥] وهو خارج عن محل ولايته: قضيت بكذا حالة نفوذ قضائي - لم يقبل [الحاكم][٦] منه [ذلك][٧]. نعم، لو شهد به، فهل تقبل شهادته؟ فيه خلاف يأتي في الشهادات، إن شاء الله تعالى.

ولو قال بعد العزل: المال الذي في يد هذا الأمين لزيد دفعته [له][٨] أيام قضائي، وقال الأمين: إنه لعمرو، وما قبضته[٩] منك - فالقول قول الأمين. نعم، لو سَلَّمَ[١٠] القبضَ منه فالقول قول القاضي، وهل يغرم الأمين لليتيم[١١] الذي [أقر له]؟[١٢] فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين في باب ما على القاضي في الخصوم. والله سبحانه أعلم[١٣].

---

(١) سقط في ج.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في ع.
(٥) سقط في ع.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في ع.
(٨) سقط في ج.
(٩) في ج: قبضت.
(١٠) في أ: تسلم.
(١١) في أ، د، ص: للمقيم.
(١٢) في ج: شركه.
(١٣) ثبت في أ: بعون الله وحسن توفيقه، والصلاة والسلام على نبيه محمد وآله، يتلوه الجزء الحادي عشر باب القسمة، والحمد لله رب العالمين، وثبت في ج: تم الجزء بحمد الله وحسن عونه وتوفيقه، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا، ويتلوه في أول الجزء الرابع عشر.

باب القسمة

القسمة- بكسر القاف-: الاسم من قولك: قسم المال، يقسمه قسمًا - بالفتح - وقاسمه، [و][1] تقاسما واقتسموا وتقاسموا.

وهي في اصطلاح العراقيين نوعان:

قسمةُ ردٍّ.

وقسمة لا رد فيها.

وفي اصطلاح المراوزة: ثلاثة أنواع:

قسمة رد.

وقسمة إفراز.

وقسمة تعديل.

قال: تجوز قسمة الأملاك؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ ٱلْقِسْمَةَ﴾ الآية [النساء: ٨]، وقوله[2] تعالى: ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ ٱلْمَآءَ قِسْمَةٌۢ بَيْنَهُمْ كُلُّ شِرْبٍ مُّحْتَضَرٌ﴾ [القمر: ٢٨] يريد: بين الناقة وبين قوم ثمود؛ فيكون لهم يوم، وللناقة يوم.

وقوله - عليه السلام-: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، وَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فَلا شُفْعَةَ»[3].

وَقَدْ قَسَّمَ رَسُولُ اللهِ ﷺ غَنَائِمَ بَدْرٍ قَرِيبًا مِنْهَا بِشِعْبٍ مِنْ شِعَابِ الصَّفْرَاءِ[4]، وَغَنَائِمَ خَيْبَرَ[5] بِأَوْطَاسٍ[6]، وَقِيلَ: بِالْجِعْرَانَةِ[7].

وقد كان للخلفاء[8] الراشدين قُسَّام، وكان عليٌّ يعطي رزق قاسمه من بيت المال، ولم ينكره أحد؛ فكان إجماعًا.

---

(١) سقط في أ، ع. (٢) في أ: ولقوله. (٣) تقدم.

(٤) زاد في ع: على ثمانية عشر سهمًا، وغنائم حنين.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٦/ ٣٠٥).

(٦) أخرجه الشافعي في الأم (٥/ ١٤٠، ١٤١).

(٧) ثبت من حديث أنس عند البخاري (٧/ ٥٠٤)، كتاب المغازي: باب غزوة الحديبية حديث (٤١٤٨).

(٨) في ع: الخلفاء.

وقد صرح البغوي وصاحب «البحر» وغيرهما[١] بأن القسمة مجمع عليها، مقتصرين على ذلك؛ لأن[٢] بالناس[٣] إلى قسمة[٤] المشترك حاجة داعية إليها؛ ولأجل هذا قال الأصحاب - كما حكاه صاحب «التهذيب»[٥]، و«الكافي»، وغيرهما-: إنه لا يجوز للإمام أن يخلي نواحي الإسلام من قُسَّام تحصل بهم الكفاية؛ كالحكام.

وفي «تعليق» أبي الطيب: أنه يستحب للحاكم أن يتخذ قاسمًا، وهذا إذا كان رزقه من بيت المال، فلو لم يكن، فلا ينبغي[٦] أن يجعل له قاسمًا معينًا، بل يدع الناس يستأجرون من يختارونه.

وهل هذا على وجه الوجوب أو الندب؟

الكلام فيه كما قدمناه في اتخاذ الكاتب؛ كذا صرح به الأصحاب.

قال: فإن كان فيها[٧] رد، أي: مثل: أن يترك شخص لولديه دارين، أو عبدين، قيمة أحدهما ستمائة درهم، و[قيمة][٨] الآخر ألف؛ فيجعلان[٩] النفيس بينهما والخسيس بينهما على أن من يحصل له النفيس يرد مائتين للآخر حتى يعتدل.

أو يكون بينهما أرض في أحد جانبيها بئر، أو بناء، أو شجر لا يمكن قسمته، فتنضبط قيمة ما اختص بذلك الجانب، وتقسم الأرض بذلك، على أن يرد من يأخذ الجانب الذي فيه البئر أو البناء أو الشجر بذلك القيمة.

قال: فهو بيع ، أي: إذا اتفقا[١٠] على أن من يأخذ الأكثر قيمة[١١] يدفع [المائتين][١٢] للآخر في المثال[١٣] الأول؛ لأنه يأخذ عما[١٤] يؤخذ من ماله عوضًا هو مال، وذلك حقيقة البيع.

وهذه القسمة تسمى: قسمة الرد، وإن[١٥] كانت بيعًا ولا إجبار فيها على المشهور؛

---

(١) في ع: وعنها.
(٢) في ص: ولأن.
(٣) في ع: للناس.
(٤) في أ، ص: قيمة.
(٥) في ع: المهذب.
(٦) زاد في ع: له.
(٧) في أ، ص: بها.
(٨) سقط في ع.
(٩) في أ، ص: فيجعلها.
(١٠) في أ: اتفق.
(١١) زاد في ع: و.
(١٢) سقط في ع.
(١٣) في أ: المثل.
(١٤) في أ: ما.
(١٥) في ص: فإذا، وفي ع: فإن.

إذ البيع لا يدخل الإجبار فيه بطلب أحد الشريكين.

وعن «أمالي» أبي الفرج: أن من أصحابنا من خرَّج[١] في الإجبار قولًا مأخوذًا من خلاف سنذكره فيما لو كان بينهما عبدان، قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ستمائة، فأراد[٢] أحدهما أن يقسما[٣]، على أن يجعل الخسيس وخمس النفيس سهمًا وأربعة أخماس النفيس سهمًا وفيها[٤] طريقان.

قال الرافعي: لكن إطلاق القول بالتخريج بعيد؛ لأنه لا رد في تلك الصورة، ولا تصرف إلا في المشترك، بخلاف ما نحن فيه.

قال: فما[٥] **لا يجوز في البيع**، قال الجيلي: كما إذا كان بينهما أرض فيها بذر مبذور[٦]، لا يجوز في هذه القسمة؛ لكونه تبعًا.

وفيما قاله الجيلي من تصوير المسألة نظر يظهر لك مما[٧] ذكرته في البيع.

وما ثبت في البيع من غير شرط وهو خيار المجلس يثبت في هذه القسمة ما لم يتفرقا.

ولو شرطا في حال الرضا خيار الثلاث، كان لهما؛ [كما قال][٨] الماوردي.

أما إذا لم يتفقا على من يأخذ[٩] الأكثر قيمة، لكن تراضيا بإخراج القرعة فسيأتي[١٠] الكلام فيه.

قال: وإن لم يكن فيها رد، أي: سواء كانت قسمة تعديل، أو لا تعديل فيها: كالأرض المتساوية الأجزاء، أو[١١] قسمة ذوات الأمثال - ففيه قولان:

أحدهما: أنه تمييز للحقين، أي: يبين أن [ما][١٢] حصل لكل واحد منهما هو الذي ملكه، كالمال الثابت في الذمة يتعين بالقبض، وإن[١٣] لم تكن العين المقبوضة دينًا، ولا نجعلها عوضًا عن[١٤] الدين؛ إذ لو قدرنا ذلك لما صح قبض المسلم فيه من جهة امتناع الاعتياض عنه.

---

(١) في ص: يخرج.
(٢) في ع: وأراد.
(٣) في أ: يقسم.
(٤) في ع: فيهما.
(٥) في ع: فيما.
(٦) في أ: منبوذ، وفي ع: منبوت.
(٧) في ع: ما.
(٨) في ع: قاله.
(٩) في ع: أخذ.
(١٠) في ع: وسيأتي.
(١١) في ع: و.
(١٢) سقط في أ.
(١٣) في أ: وإلا.
(١٤) في أ: على.

ولأنها لو كانت بيعًا لما دخلها الجبر، ولما تعين حق كل واحد منهما بالقرعة، ولثبتت فيها[١] الشفعة[٢] للثالث من الشركاء[٣] إذا تقاسم شريكاه حصتهما، وتركا حصة شائعة معهما برضاه؛ إذ يظهر جواز هذه القسمة كما سنذكره.

وهذا ما اختاره في «المرشد»، وقال الجيلي: إنه المختار في «حلية» الروياني، وأشار إليه في «المحرر»، وقال ابن أبي الدم: إنه الأصح عند العراقيين.

وعلى هذا قال: فما أمكن فيه القسمة، جازت قسمته، أي: وإن لم يجز بيعه؛ إذ لا مانع منها.

ويجوز أن يتفرقا في قسمة الربويات من غير قبض.

ويقسم بالكيل، والوزن؛ على حسب اختيارهما، وهل يجوز أن يقسم بالخرص [في نخلة وشجرة؟ فيه قولان في «الحاوي»، قال: وأصح هذين القولين: أنه يمنع[٤] بالخرص][٥] في قسمة الإجبار[؛ لأن المقصود بها التحقيق المعلوم في الخرص، ويجاز بالخرص في قسمة الاختيار][٦]؛ لأنها[٧] محمولة على التراضي.

وحكى ابن الصباغ القولين في باب زكاة الثمار في جواز قسمة ثمر النخل خاصة.

وفي «المهذب» و«الرافعي»: أن ثمرة الكرم والنخل تجوز قسمتها خرصًا؛ كما يجوز خرصها للفقراء، وأن ثمرة غيرهما لا تقسم خرصًا؛ لأن الخرص لا يدخلها؛ وهذا يكون وجهًا ثالثًا.

قال: وما لم[٨] **يمكن فيه القسمة: كالأرض مع البذور[٩]، والأرض مع السنابل - لا تجوز قسمته**، [أي][١٠]: إذا أريدت قسمة المجموع، للجهالة بالمقصود، وكذا لو أريدت قسمة البذر وحده، و[١١] السنابل وحدها، لم يجز أيضًا؛ للجهالة.

نعم، لو طلب أحدهما قسمة الأرض دون البذر، والسنابل، أجبر الآخر.

ولو كان البذر قد طلع، ولم يسنبل، بل هو يعد حشيشًا، جازت قسمة المجموع؛

(١) في أ: بهما.
(٢) زاد في ع: ليست القرعة فيها.
(٣) في أ، ع: الشركة.
(٤) زاد في ع: منه.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في أ، ص.
(٧) في أ: لأنه.
(٨) في ص، ع: ومالا.
(٩) في التنبيه: البذر.
(١٠) سقط في ع.
(١١) في ع: أو.

كما صرح به أبو الطيب؛ وكذا قسمة الحشيش وحده على هذا القول الذي عليه نفرع، لكن هل يجبر الممتنع إذا أريدت قسمة الأرض والحشيش؟[١] قال في «البحر»: قال بعض أصحابنا: لا يجبر؛ لأن الإجبار على ما يبقى ويدخر.

والصحيح: أنه يجبر، والله أعلم.

والقول الثاني: أنه بيع، أي: لنصيب أحدهما في الجانب الأيمن بنصيب الآخر[٢] في الجانب الأيسر؛ لأن كل جزء مشترك [بينهما][٣]، فإذا [أخذ][٤] أحدهما أحد الجزأين، فقد ابتاع حق صاحبه منه بحقه من الجزء الآخر؛ وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، و«الكافي»، وآخرين، ومنهم -كما قال ابن أبي الدم-: الإمام[٥] والشيخ[٦] أبو علي.

وقال الماوردي في باب الربا: إنه المشهور.

ونقل ابن الصباغ في باب زكاة الثمار عن المزني: أنه[٧] قال: القسمة بيع عنده.

والقائلون به أجابوا عن الإجبار، وعن دخول القرعة: بأن ذلك جُوِّز للحاجة؛ ألا ترى أن للحاكم بيع مال المديون[٨] جبرًا؛ لأجل الحاجة، ولا يخرجه ذلك عن أن يكون بيعًا؟!

[وعلى هذا][٩] قال: فما جاز بيع بعضه ببعض، جازت قسمته: كالأراضي، والحبوب، والأدهان، وغيرها، ويعتبر [في][١٠] الربويات منها[١١] التقابض قبل التفرق، وأن تقع القسمة بمعيار الشرع.

[وقد ذكرت][١٢] في آخر باب الربا: أنه لا يثبت فيها خيار الشرط، وكذا خيار المجلس مع فوائد أخر؛ فلتطلب منه.

قال: **وما لا يجوز بيع بعضه ببعض: كالعسل الذي عقد[١٣] أجزاؤه [على النار][١٤]، وخل التمر - لا تجوز قسمته**؛ حذرًا من الربا، وكذا لا تجوز قسمة الثمار الرطبة.

---

(١) زاد في ع: قال الرافعي.
(٢) في ص: أحدهما.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: للإمام.
(٦) في ع: للشيخ.
(٧) زاد في ع: لو.
(٨) في ع: للمديون.
(٩) سقط في ص.
(١٠) سقط في ع.
(١١) في ع: فيها.
(١٢) في ع: فذكر.
(١٣) في ع: عقدت.
(١٤) في التنبيه، ع: بالنار.

قال القاضي أبو الطيب: وكذا الزرع الأخضر الذي في الأرض لا يقسم منفردًا عنها؛ على هذا القول؛ لأن بيعه لا يجوز إلا بشرط القطع، والقسمة لا تكون بشرط القطع، بل لا تكون إلا مطلقة، والبيع مطلقًا لا يجوز.

أما نصيب من حصل له الجانب الأيمن(١) من الجانب [الأيمن](٢)، وكذا نصيب من حصل له الجانب الأيسر من الجانب الأيسر - فالقسمة فيه إفراز؛ على هذا القول أيضًا؛ كما نبه عليه الرافعي.

والقاضي حسين قال في «التعليق» بعد حكاية القولين: والأصح أن يقال: القسمة تمييز، وإفراز [على هذا](٣) بتعويض؛ لأنه ما من جزء إلا وهو مشترك بينهما، فإذا اقتسما، فما وقع في نصيب أحدهما بعضه يكون عوضًا عما له في نصيب صاحبه، وبعضه يعين ما كان له عند الشيوع.

وهذا الذي ذكره الشيخ من كون قسمة الرد بيعًا، وفيما عداها القولان -هو المنقول من(٤) طريقة العراقيين؛ لأن القسمة عندهم -كما ذكرنا- نوعان لا غير.

وقد يفهم من كلام البندنيجي حكاية القولين في أن القسمة بيع أو تمييز(٥) للحقين(٦) في قسمة الرد أيضًا؛ فإنه قال: اختلف قول الشافعي في القسمة على قولين، ثم قال: والقسمة ضربان: قسمة لا رد فيها، وقسمة فيها رد:

فالتي لا رد فيها هي قسمة الإجبار، وصورتها: ما أمكن تعديل السهام بالأجزاء، أو بالقيمة(٧) من غير رد.

وأما التي فيها رد، فهي قسمة التراضي، وصورتها: ما لا يمكن تعديل الأنصباء فيها بالأجزاء، ولا بالقيمة؛ حتى يرد أحدهما على صاحبه بدل الفاضل مما يحصل في يده.

وسنذكر من كلام الشيخ في هذا الباب ما يقوي هذا الإفهام.

وأما المراوزة فلما جعلوا القسمة ثلاثة أنواع، قالوا: قسمة الرد بيع؛ كما قاله العراقيون، وما لا رد فيها إن لم يحتج فيها إلى تقويم: كقسمة ذوات الأمثال، والبراح

---

(١) في أ: الأيسر.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في ع.
(٤) في ع: في.
(٥) زاد في ص: و.
(٦) في أ: الحقين.
(٧) في ع: وبالقسمة.

من الأرض المتساوي القيمة - ففيه[1] القولان.

والأصح منهما عند الغزالي [في «الوجيز»][2] في كتاب الرهن، وتبعه النواوي - الأول.

وقال الرافعي: إنه الذي يوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة [تتفرع][3] على القولين.

وذكر في «العدة»: أن الفتوى عليه.

واختلفوا في محل القولين -كما حكاه البغوي، وتبعه في «الكافي» - على طريقين:

أحدهما[4]: أن محلهما إذا جرت القسمة بالإجبار، أما إذا جرت بالاختيار، كانت بيعًا وجهًا واحدًا.

والثاني[5]: أنهما جاريان في الحالين، وهي التي صحَّحَاها[6]، وقد حكاهما الرافعي عن رواية المحاملي أيضًا.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن الظاهر الطريق الأول، ولم يحكِ سواه.

وإن احتاج القاسم في القسمة إلى تقويم: كالعبدين، والدارين، ونحو ذلك - ففي كونها بيعًا أو إفرازًا طريقان - على قولنا: يجري الإجبار فيها؛ كما هو الأصح عند الإمام، وعند الشيخ أبي حامد-:

إحداهما: القطع بأنها بيع؛ لانفصال العين عن[7] العين، وتمييز المشترك عن المشترك؛ وهذا أصح عند الغزالي.

والثانية: إجراء القولين فيها أيضًا؛ اعتمادًا على الإجبار على القسمة، وهي قضية إيراد صاحب «التهذيب»، وأبي الحسن العبادي.

أما إذا قلنا: لا بد فيها من التراضي، قال الإمام: فالمذهب الذي يجب القطع به: أنها بيع.

وأبعد بعض أصحابنا[8] فأجرى القولين في ذلك، وقد يجريهما ويقول في

---

(١) في أ: فيه.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في ع.
(٤) في ص: إحداهما.
(٥) في ص: الثانية.
(٦) في أ، ص: صححناها.
(٧) في أ، ص: على.
(٨) في أ: الأصحاب.

أحدهما : إفراز مشروط بالتراضي؛ كما يقول في القسمة الجبرية: بيع جاز جبرًا من غير تراضٍ.

وقال الرافعي: يشبه أن يكون الطريقان في الصورة الأولى مبنيين على أن هذه القسمة هل يجبر عليها؟ إن قلنا: نعم، ففيها القولان، وإن قلنا: لا، فهي بيع لا محالة.

وهذا منه دليل على أنه لم يقف على تصوير الإمام محل إجرائهما بقولنا بالإجبار عليها.

وقد اعترض الإمام على الأصحاب في إطلاقهم القول بأن القسمة التي فيها رد - بيع، وقال: الوجه الذي نراه - بناء هذا على الإجبار على القسمة.

وقد قال الأصحاب: لا سبيل إلى الإجبار على بذل العوض أصلًا.

وهل يجري الإجبار على القدر الذي لا حاجة فيه إلى الرد، بأن يجعل العبد المساوي ستمائة سهمًا، ويجعل ستمائة من العبد المساوي ألفًا سهمًا، ويبقى الشيوع في مقدار أربعمائة؟ فيه خلاف، فإذا تحرر ذلك، قلنا: القدر الذي يقابل العوض لا شك أنه مبيع، وما يجري فيه - بيعٌ، ومن سمَّى هذا القدر. قسمة، فهو متجوز أو غافل. وما لا يقابله العوض، فإن قلنا: يجري الإجبار فيه؛ ففي ذلك القدر قولَا الإفرازِ والبيع مذهبًا واحدًا. وإن قلنا: لا يجري الإجبار فيما وراء ذلك، ففي القسمة المفتقرة إلى التراضي طريقان، سبقا؛ فليجريا هاهنا.

وقد بطل إطلاق القول بالقطع بأن القسمة المشتملة على الرد بيع، وبأن هذا التفصيل لا بد منه، ولم نذكره إلا بعد أن رأينا في كلام الأئمة ما يدل عليه.

ولما رأى الغزالي ما فيه اقتصر على إيراده في «الوسيط».

قلت: وفيما قاله الإمام من التخريج نظر؛ من حيث إن هذه القسمة اعتمدت التقويم والتعديل، فإنا نجعل أربعة أخماس النفيس في مقابلة جملة الخسيس [وذلك تقويم وتعديل، وقد حكينا عنه من قبل][1]، فيما إذا احتاجت القسمة إلى تقويم، وقلنا بالإجبار - رواية طريقين:

أحدهما : القطع بأنها بيع، وهي التي صححها الغزالي.

والثاني : إجراء القولين.

---

(١) سقط في ص، ع.

وإن قلنا بعدم الإجبار، فالمذهب أنها بيع.

وقضية ذلك: أن ينعكس ما أبداه من التخريج، ويقال: إن قلنا بعدم الإجبار فالوجه القطع بأنها بيع؛ بناء على المذهب. وإن قلنا بالإجبار[١] ففيها الطريقان[٢]، والله أعلم.

واعلم أن للقولين في أن القسمة بيع أو إفراز، فوائد أخر:

منها : إذا وقف على قوم بعض دار[٣]، فأرادوا قسمتها، فإن كان باقيها طِلْقًا، قال المراوزة: إن قلنا: إنها بيع، لم تجز، وإلا جازت.

---

(١) في ع: بعدم الإجبار.

(٢) قوله: وقد اعترض الإمام على الأصحاب في إطلاقهم القول بأن القسمة التي فيها رد بيع، وقال: الوجه الذي يراه بناء هذا على الإجبار على القسمة وقد قال الأصحاب: لا سبيل إلى الإجبار على بذل العوض أصلًا، وهل يجري الإجبار على القدر الذي لا حاجة فيه إلى الرد بأن يجعل العبد الذي يساوي ستمائة سهم ويجعل ستمائة من العبد المساوي ألف سهم، ويبقى الشيوع في مقدار أربعمائة؟ فيه خلاف فإذا تحرر ذلك قلنا: القدر الذي يقابل العوض لا شك أنه سبع وما يجري فيه بيع، ومن سمى هذا القدر قسمة فهو متجوز أو غافل، وما لا يقابله العوض.
فإن قلنا: يجري الإجبار فيه، ففي ذلك القدر قولا الإفراز والبيع مذهبًا واحدًا.
وإن قلنا: لا يجري الإجبار فيما وراء ذلك؛ ففي القسمة المفتقرة إلى التراضي طريقان سبقا، فليجريا هنا، وقد بطل إطلاق القول بالقطع بأن القسمة المشتملة على الرد بيع، وبان أن هذا التفصيل لا بد منه ولم يذكره إلا بعد أن رأينا في كلام الأئمة ما يدل عليه، ولما رأى الغزالي ما قاله أي: الإمام اقتصر على إيراده في «الوسيط». قلت: وفيما قاله الإمام من التخريج نظر من حيث إن هذه القسمة اعتمدت التقويم والتعديل، فإنا نجعل أربعة أخماس النفيس في مقابلة جملة الخسيس، وذلك تقويم وتعديل، وقد حكينا عنه من قبل فيما إذا احتاجت القسمة إلى تقويم وقلنا بالإجبار رواية طريقين:
إحداهما: القطع بأنها بيع، وهي التي صححها الغزالي.
والثانية: إجراء القولين، وإن قلنا بعدم الإجبار؛ فالمذهب أنها بيع، وقضية ذلك أن ينعكس ما أبداه من التخريج، ويقال: إن قلنا بعدم الإجبار، فالوجه القطع بأنها بيع بناء على المذهب، وإن قلنا بالإجبار؛ ففيها الطريقان. انتهى كلامه.
وما نقله عن «الوسيط» من موافقته للإمام غلط، بل قد ذكر المسألة على وفق ما أبداه المصنف بحثًا، وادعى أنه قياس كلام الإمام، فقال: وأما قسمة الرد فهي بيع في القدر الذي يقابله العوض، وفي الباقي وفي قسمة التعديل بيع أيضًا إن قلنا: لا يجبر عليه، وإن قلنا: يجبر فطريقان، منهم من خرج على القولين، ومنهم من قطع بأنه بيع ولكن يجبر للحاجة. هذا لفظ «الوسيط» بحروفه. [أ و].

(٣) في أ، ع: أرض.

قال الرافعي -حكاية عن الروياني-: وهو الاختيار.

وقال في «الحاوي» هاهنا: إن قلنا: إنها إفراز، جازت هاهنا جبرًا، وإن قلنا: إنها بيع؛ ففي جواز القسمة قولان:

أحدهما: لا تجوز جبرًا ولا اختيارًا؛ تغليبًا للوقف.

والثاني: تجوز جبرًا واختيارًا؛ تغليبًا للملك.

وقال في «المهذب» - وتبعه في «المرشد»-: إن قلنا: إن القسمة بيع، لم تصح، وإن قلنا: إنها تمييز للحقين، نظرت: فإن لم يكن فيها رد صحت، وإن كان فيها رد: فإن كان من أهل الوقف جاز؛ لأنهم يبتاعون الطِّلْق، وإن كان من أهل الطِّلْق، لم يجز؛ لأنهم يبتاعون بجواز الوقف.

وفي هذا نظر من جهة أنه يقتضي أن القولين في أن القسمة تمييز للحقين أو بيع، جاريان في قسمة الرد أيضًا؛ كما قلنا: إن كلام البندنيجي يفهمه، وأن قسمة الرد تكون بيعًا في شيء دون شيء، وقد قدمنا عن العراقيين وغيرهم أن القسمة التي فيها الرد بيع. نعم، هو موافق لما قاله الإمام تفقهًا واستنباطًا من كلام الأصحاب.

[و][1] إن كان باقي الدار[2] وقفًا -أيضًا- فإن كان على جهة أخرى، فقد قال الماوردي في كتاب الوقف: إن قلنا: إن القسمة بيع، لم تجز، وإلا جازت إذا لم يكن ثم رد، وتلزم القسمة في الحال، وفيما بعد. وإن كان على تلك الجهة بعينها، قال في «الوسيط»: لم تجز قسمتها، وإن قلنا: إن القسمة إفراز؛ لأنه كالتغيير[3] لشرط الواقف؛ وبهذا جزم القاضي الحسين والبغوي.

والماوردي هاهنا[4] قال: وفيه وجه: أنه يجوز؛ لأنه قد يشرف على الانهدام؛ فيحتاج إلى القسمة؛ وهذا قول الشيخ أبي محمد.

[و][5] قال الإمام في كتاب الرهن: إن ما[6] يمتنع البيع فيه، ففي إجراء القسمة فيه قولان مبنيان على أن القسمة إفراز[7] أو[8] بيع. وقد يطرأ على قول البيع في بعض الصور قول في جواز القسمة؛ وذلك لمكان الضرورة؛ كما سنذكره في قسمة

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، ع: الأرض.
(٣) في أ: كالتعيين.
(٤) في ع: هنا.
(٥) سقط في ع.
(٦) في أ: إنما.
(٧) في ع: إقرار.
(٨) في أ: و.

الوقف؛ فإنه على التأبيد، والشركة القائمة قد تجر عسرًا عظيمًا. فإذا لم تعرض ضرورة ظاهرة، انطبق جواز القسمة ومنعها على القولين في أن القسمة بيع أو ليست بيعًا.

وهذا منه [يفهم أن](١) الخلاف في جواز قسمة الوقف بعضه من بعض، يأتي وإن قلنا: إن القسمة بيع، ويقوي هذا أنه ألحقه في باب القسمة بالخلاف في [أن](٢) قسمة الرطب في الزكاة إذا احتاج واقتضى القطاف قبل الأوان، وإن منعنا قسمة الرطب؛ للضرورة، وإذا كان كذلك اتجه أن يجري الخلاف المذكور في قسمة الوقف بالطلق؛ تفريعًا على قولنا: إن القسمة بيع.

وقد حكى الماوردي الخلاف الذي ذكره الغزالي في كتاب الوقف، لكنه(٣) قيده بحالة قولنا: إن القسمة إفراز، وقال: إن وجه المنع مبني على القول بأن رقبة الوقف لا تملك، وإن وجه الجواز مبني على القول بأن رقبة الوقف تملك، وأنها على هذا تكون لازمة للمتقاسمين من أربابه غير لازمة لمن بعدهم من البطون.

ومنها: أن المتقاسمَيْنِ لو تقايَلَا، هل ينفذ؟

قال صاحب «التهذيب»، و«الكافي»، وغيرهما: إن قلنا: إنها بيع، صحت، وعاد الملك شائعًا كما كان، وإلا فلا يصح.

وأطلق في «البحر» القول بأنهما إذا تقايَلَا عادت الإشاعة، حكاه(٤) في الفروع المذكورة قبيل كتاب الشهادات.

وقد اتفقوا على أن أحدهما لو وجد بما صار إليه عيبًا: أن له فسخ القسمة؛ صرح به البغوي والماوردي وغيرهما.

ومنها: لو أرادوا قسمة المُسْتَأْجَر، فإن قلنا: إنها بيع، خرجت على القولين. وإن قلنا: إنها إفراز، فإن لم يتضرر بها المُسْتَأْجِر، جازت، وإلا فلا؛ قاله في «البحر».

قال(٥): لو قال: والله، لا بعت شيئًا يقاسم - فإن قلنا: إنها بيع، ففي حنثه وجهان في «البحر»، واقتضى إيراده ترجيح عدم الحنث.

---

(١) في ص: مفهم لأن.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص: لكن.
(٤) في أ: وحكاه.
(٥) في ع: ومنها.

قال: ويجوز للشركاء أن يتقاسموا بأنفسهم، ويجوز أن ينصبوا من يقسم بينهم، أي: يجعلوه حكمًا في القسمة، ويجوز أن يترافعوا إلى الحاكم؛ لينصب من يقسم بينهم؛ لأن المقصود يحصل [بكل ذلك](١).

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب حكاية قول: أنه لا يجوز أن يحكِّموا رجلًا في القسمة، فيجعلوه حكمًا في القسمة.

قال: فإن ترافعوا إليه - أي: إلى الحاكم - في قسمة ملك من غير بينة، أي: وهو في أيديهم، [بلا](٢) منازعة بينهم(٣) فيه، ولا بينهم وبين غيرهم في ملكه - ففيه قولان:

أحدهما: لا يقسم(٤) **عليهم**؛ لأنه قد يكون الملك لغيرهم، فإذا قسمه بينهم كان متصرفًا في ملك الغير قبل ثبوت موجبه.

وأيضًا: فربما يتعلقون بالقسمة، ويعدونها حجة في ثبوت الملك، وهم مبطلون مطلوبون، ولا حاجة إلى(٥) هذا.

وهذا هو الصحيح عند الشيخ أبي حامد وطبقته؛ كما قاله(٦) الرافعي، وقد وافقه النواوي، والمنصوص عليه للشافعي باتفاق الأصحاب، وقد حكاه ابن أبي الدم وجهًا.

والثاني: يقسم بينهم؛ [لأن الحجة على الملك كالبينة، ولو أقاموا بينة بالملك لقسم؛](٧) فكذلك هاهنا.

قال: إلا أنه(٨) **يكتب: أنه قسم بينهم بدعواهم**؛ لينتفي الاحتمال الذي ذكرناه.

قال الإمام: واحتمال كون الملك للغير؛ فيكون متصرفًا فيه قبل ثبوت موجبه - مندفع بجواز دخول القاضي تلك الدار لعبادة ونحوها، وما زال الأتقياء الأبرار يعتادون مثل ذلك، ويبنون الأمر على ظاهر اليد، وإن لم تقم عندهم حجج في الأملاك، ولا نعرف خلافًا في أن من باع دارًا في يده، وأشهد على البيع القاضي - أثبت القاضي إقراره، ولم يطالبه بتثبيت الملك قبل البيع.

---

(١) في ع: بذلك.
(٢) سقط في أ، وفي ع: لا.
(٣) في ع: متهم.
(٤) في التنبيه: بينهم.
(٥) في ص: على.
(٦) في أ، ع: قال.
(٧) سقط في أ، ص.
(٨) في أ، ص: أن.

وهذا القول صححه البندنيجي والإمام، وتبعه الغزالي وابن أبي الدم، [و][1] إليه ميل [القاضي][2] أبي الطيب وابن الصباغ.

وعلى هذا [القول][3] قال الماوردي والروياني: يستظهر القاضي أمرين:

أحدهما: أن ينادي: هل من منازع؟

والثاني: يحلفهم: [إنه][4] لا حق فيه لغيرهم، لكن هذه اليمين واجبة أو مستحبة؟ فيه وجهان.

وعلى الأول لا تجوز له القسمة قبل التحليف.

وقد حكى الرافعي أن في كتاب أبي الفرج السرخسي وجهًا: أنه لا يحتاج القاضي إلى أن يكتب أنه قسم بينهم بدعواهم، وهذه الطريقة التي حكاها الشيخ لم يورد القاضي الحسين غيرها، وحكاها الماوردي عن الأكثرين، وقال الرافعي: إنها أظهر الطريقين.

والثانية حكاها القاضي أبو الطيب [وابن الصباغ والماوردي، وغيرهم يقطع[5] بالقول الأول، وبهذا قال أبو الطيب][6] بن سلمة، وأن القول الثاني حكاية لمذهب الغير؛ فإنه قال في «المختصر» بعد حكاية القول الأول: وقد قيل: يقسم، ويشهد أنه قسمها على إقرارهم، ولا يعجبني ذلك. قال في «البحر»: وهذه الطريقة أصح.

وقد فهم مما ذكرناه[7] أنهم لو أقاموا بينة بالملك لقسم بينهم قولًا واحدًا، وهو المنصوص.

واعترض ابن سريج فقال: إنما تقام البينة وتسمع على خصم، ولا خصم هاهنا.

وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك، وقد يكون لهم خصم غائب؛ فتسمع البينة ليحكم لهم عليه.

وفي هذا الجواب نظر.

ويكفي في البينة شاهد وامرأتان، قال ابن كج: ولا يكفي شاهد ويمين؛ لأن اليمين إنما تشرع حيث يكون هناك خصم تردُّ عليه إن فُرِضَ نكول.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ع: القطع.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ص: ذكرنا.

وعن ابن أبي هريرة أنه يكفي.

قلت: وهو موافق لجوابه السابق.

والإمام أعرض عن ذلك، وقال: إن ثبت عند القاضي مِلْكُهم بطريق من الطرق أجابهم.

ثم ليعلم أن الخلاف في جواز إقدام القاضي على القسمة في مسألة الكتاب إذا جاءوا إليه راضين بها، أما وجوبها عليه فلا خلاف في عدمه؛ كما قاله[1] القاضي الحسين، والفوراني، وصاحب «البحر».

وعكس الإمام فقال: وليس ينقدح عند الامتناع من[2] القسمة وجه. نعم، يجوز القطع بجواز القسمة، وأما وجوبها ولم[3] يثبت بعد عند القاضي المِلْك، فهذا فيه تردد من جهة أن الوجوب يجوز أن يستدعي موجِبًا، فأما الجواز فيكتفى فيه بظاهر الحال.

وحكى في [حالة][4] مجيء واحد منهم طالبًا[5] وامتناع الباقين، طريقين:

إحداهما[6]: يجيب في هذه الحالة؛ ليقطع الخصومة.

والثانية: طرد القولين.

أما إذا كان ثم منازع في الملك، ففي «الحاوي»: أنه لا يجوز للحاكم إذا حكم لهم به بأيديهم أن يقسمه بينهم مع ظهور المنازع إلا[7] ببينة تشهد به لهم، وهذا مما لا يختلف فيه قوله؛ لأن قسمة الحاكم إثبات لملكهم، واليد توجب إثبات التصرف، ولا توجب إثبات الملك.

وكذا قال فيما لو تنازعوا هم في ذلك، فادعى كل واحد ملك الجميع؛ فإن الحاكم يجعله في أيديهم، ولا يجوز أن يقسمه بينهم إن سألوه؛ لأن في تنازعهم إقرارًا بسقوط القسمة. نعم، لو تقاسموا بأنفسهم لم يمنعهم[8]، وادعى في «البحر» أنه لا خلاف فيه.

تنبيه: قول الشيخ: «في ملك»، يشمل ما إذا كان التنازع في عقار أو غيره من

---

(١) في أ: قال.
(٢) في ص، ع: عن.
(٣) في ع: فلم.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: طلبًا.
(٦) في أ: أحدهما.
(٧) في أ: لا.
(٨) في ص: يمنع.

المنقولات، ولا شك في جريان ما قلناه في العقار، وأما المنقولات فقد حكى ابن كج فيها طريقين:

أظهرهما في «الرافعي» - وبه جزم البندنيجي، والبغوي، وغيرهما-: أنه كالعقار.

[والثاني: القطع بأنه يقسم وإن لم تكن بينةٌ؛ لأن العقار][1] يتأبد ضرره، فيكون أجدر بالاحتياط؛ ولذلك خص بإثبات الشفعة.

قال: فإن كان في القسمة رد، اعتبر التراضي في ابتداء القرعة[2]؛ لأنه لا إجبار فيها -كما تقدم- وما لا إجبار فيه يعتبر فيه التراضي؛ كالبيع.

قال: وبعد الفراغ منها على المذهب؛ لأن القسمة المشتملة على الرد بيع، والبيع لا يحصل بالقرعة؛ فافتقر إلى الرضا عند خروجها، ويتعين المبيع. وإلى هذا أشار الشافعي بقوله في «المختصر»: «وإن كان في القسمة رد، لم يجز حتى يعلم كل واحد منهم موضع سهمه، وما يلزمه ويسقط عنه، فإذا علم كما يعلم البيوع التي تجوز أخذ به لا بالقرعة».

تنبيه: [وقيل:][3] لا يعتبر التراضي بعد خروج القرعة، أي: فيلزم من خرج له الأكثر بذل ما يقابل الزائد؛ قياسًا على قسمة الإجبار؛ فإن القرعة فيها ملزمة. وهذا قول الإصطخري، وضعفه الأصحاب، وفرقوا بأن هذه القسمة يعتبر التراضي في ابتدائها، بخلاف قسمة الإجبار.

تنبيه:[4] ظاهر قول الشيخ يقتضي أمورًا:

أحدها: إجراء القرعة في قسمة الاختيار، وهو الذي جزم به البندنيجي وغيره.

وفي «الحاوي»: أنهم لو تراضوا بإخراج القرعة ففي[5] جواز الإقراع وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه بيع، وليس في البيع قرعة.

والثاني: يجوز؛ تغليبًا لحكم القسمة، واعتبارًا بالمراضاة.

الثاني[6]: حيث يجوز الإقراع فلا فرق في اعتبار التراضي بين أن يكون المخرج

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: القسمة.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: قلت.
(٥) في أ: على.
(٦) في ع: والثاني.

لها قاسمًا من جهة الحاكم أو[١] غيره.

وفي «الحاوي»: أن المخرج لها إن كان قاسمًا من جهة الحاكم فلا خيار لهم بعد القرعة، وإن كان من قِبَلهم ثبت لهم الخيار بعد القرعة، وهل هو خيار عيب؛ فيكون على الفور، أو خيار مجلس؛ فيكون على التراخي إلى أن يتفرقا؟ فيه وجهان.

الثالث: أنه يكفي فيه التراضي دون الإتيان بلفظ البيع أو التمليك، وهو ما ادعى الرافعي: أنه الظاهر[٢]، ولم يذكر الماوردي سواه؛ فإنه قال: وتتم القسمة بينهم بالمراضاة بعد التلفظ بالتراضي؛ لأن البيع لا يصح إلا باللفظ؛ فيكون تلفظهم بالتراضي[٣] جاريًا مجرى البذل والقبول، والصيغة -كما قاله غيره- أن يقولا -إن كانا اثنين-: رضينا بهذه القسمة، أو: بما أخرجته القرعة، أو: بما جرى.

وفي «التهذيب»، و«الكافي»: أنه لا بد من لفظ «البيع» أو «التمليك» في هذه القسمة، وطرداه في كل قسمة تفتقر إلى التراضي، والله أعلم.

قال: **فإن[٤] لم يكن فيها رد، فإن تقاسموا بأنفسهم، لزم [ذلك][٥] بإخراج القرعة**؛ لحصول مقصودهما بفعلهما، وهذا لم أر له ذكرًا هكذا في غير هذا الكتاب، بل المنقول في «تعليق» البندنيجي: أنه [لا يلزم إلا][٦] بالتراضي حتى [بعد][٧] خروج القرعة، قولًا واحدًا.

وفي «النهاية» ما يقرب منه؛ فإنه قال: لا بد[٨] في هذه الصورة من الرضا بعد القسمة؛ إذ لا متوسط بينهما حتى تكون قسمة مستندة لرضاهما.

ثم قال: هذا هو الظاهر، وفيه احتمال؛ فإنه لو توسطهما قاسم، لكان التعويل[٩] على قسمته، لا على عينه.

وفي «تعليق» البندنيجي في موضع آخر من[١٠] الباب: أن كل قسمة يشترط التراضي في ابتدائها، فهل تفتقر إلى التراضي في انتهائها وهو بعد القرعة؟ فيه وجهان، سواء كان فيها رد أو لم يكن.

---

(١) في أ: و.
(٢) في ص: الأظهر.
(٣) في أ: بالرضا.
(٤) في التنبيه: وإن.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) في أ: يلزم.
(٧) سقط في ع.
(٨) زاد في أ: منها.
(٩) في ع: التعديل.
(١٠) في ع: في.

قال: وإن نصبوا من يقسم بينهم - أي: حَكَمًا - اعتبر التراضي بعد خروج القرعة على المنصوص؛ لأن هذه قسمة لا بد في ابتدائها من التراضي؛ فكذلك في الانتهاء كقسمة الرد؛ وهذا ما قطع به المراوزة كما قاله الإمام، وبه أجاب الشيخ أبو حامد كما قال الرافعي، وقال: إن إليه مال(١) المعتبرون(٢).

وعلى هذا: فهل يكفي أن يقول كل واحد بعد خروج القرعة: رضيت بهذه، وما في معناه، من غير اشتراط ذكر القسمة؛ إذ كان صدر القسمة قد صار(٣) عن تراض أم لا بد أن يقول: رضيت بهذه القسمة، [أو: قاسمتك، أو يذكر عبارة عن مقصود القسمة](٤) من التميز، والتفاضل، وما أشبههما؟ فيه وجهان حكاهما الإمام عن العراقيين، وأشار في «الوسيط» إلى أنهما مبنيان على قولنا: إن القسمة بيع.

وحكى الإمام عن العراقيين وجهًا آخر: أن الشركاء إذا استمروا على الرضا(٥) حتى خرجت القرعة، لزم حكمها لهم؛ كما لو أحدثوا التراضي بعد القرعة؛ وهذا ما عبر عنه الغزالي بقوله: إنه يكفي عند العراقيين السكوت بعد خروج القرعة. وبين العبارتين فرق بيّن.

ولم يحكِ الإمام خلافًا في عدم اشتراط الإتيان بلفظ «البيع» أو(٦) «التمليك» إذا أنشئوا الرضا بعد القرعة.

وقال في «الوسيط»: إن العراقيين أجمعوا على ذلك وإن قلنا: إن القسمة بيع.

وفي «التهذيب» و«الكافي» حكاية وجهين في اشتراط ذلك؛ بناء على قولنا: [إن](٧) القسمة بيع.

---

(١) في أ: مال إليه.

(٢) قوله: وإن نصبوا حكمًا يقسم بينهم اعتبر التراضي بعد خروج القرعة على المنصوص؛ لأن هذه قسمة لا بد في ابتدائها من التراضي؛ فكذلك في الانتهاء كقسمة الرد، وهذا ما قطع به المراوزة وبه أجاب الشيخ أبو حامد، كما قال الرافعي: وقال: إن إليه مال المعتبرون. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن الشيخ أبي حامد غلط، فإن الرافعي إنما نقله عنه فيما إذا تقاسما بأنفسهما، فإنه ذكر أولًا ما نقله عنه الرافعي في ما إذا نصَّبا قاسمًا، ثم قال عقبه ما نصه: وبه أجاب الشيخ أبو حامد فيما لو اقتسما. هذه عبارته. فنظر المصنف إلى المسألة المعقودة أولًا، وذهل عن اللفظة الأخيرة فحصل الغلط. [أ و].

(٣) في أ، ع: صدر.

(٤) سقط في أ.

(٥) في ع: التراضي.

(٦) في ع: و.

(٧) سقط في أ.

وإيراد البغوي يقتضي ترجيح الاشتراط.

[وقيل فيه][(١)] **قول مخرج**[(٢)] **من التحكيم: أنه لا يعتبر التراضي؛** لأن القاسم مجتهد في تعديل السهام والإقراع؛ فلزم الرضا بعد قرعته؛ كالحاكم، وهذا مفرع على القول الصحيح الذي جزم به المعظم في جواز التحكيم في الإقراع.

أما إذا كانوا قد نصبوا من يقسم بينهم وكيلًا [عنهم][(٣)]، فلا تلزم قسمته إلا بالتراضي بعد إخراج القرعة جزمًا؛ صرح به القاضي أبو الطيب، وتبعه ابن الصباغ، وسنذكره ثانيًا؛ لغرض فيه.

قال: وإن ترافعوا إلى الحاكم، فنصب من يقسم [بينهم][(٤)] - أي: قسمةً هو مُجْبِر فيها - لزم ذلك بإخراج القرعة؛ لأن به يحصل مقصود الإجبار، ولأنه لما لم يعتبر التراضي في ابتدائها، لم يعتبر في انتهائها. ولأن قرعة القاسم من جهة الحاكم كحكم[(٥)] الحاكم الصادر عن الاجتهاد؛ ومن هذا الوجه ألحق الشافعي القاسم بالحاكم حيث قال: «القُسَّام حُكَّام»؛ كما قاله القاضي أبو الطيب، والحسين، وابن الصباغ.

والبندنيجي قال: إنه أراد تشبيهه بالحاكم من هذا الوجه وفي اشتراط العدالة، لا في جميع الصفات.

وفي «الحاوي» أنه إنما قال: «إنهم حكام»؛ لأمرين:

أحدهما: أنهم يوقعون القسمة جبرًا؛ كما يجبر الحاكم في الأحكام. وهو راجع إلى ما قاله الأولون.

والثاني: أنهم يستوفون الحقوق لأربابها كاستيفاء الحاكم.

وفي «النهاية» أنا إذا قلنا: [إن][(٦)] القسمة الجبرية بيع؛ فلا يبعد أن يجبر كل واحد على أن يقول: بعت مالي في نصيبك بمالك في نصيبي. ثم قال: وهذا[(٧)] لم يشترطه أحد من الأصحاب.

قال: ولا يجوز للحاكم أن ينصب للقسمة إلا حرًّا - أي: كامل الحرية - بالغًا،

---

(١) في التنبيه: وفيه.
(٢) في أ: يخرج.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) في ع: بحكم.
(٦) سقط في ص.
(٧) زاد في أ: إذا.

عاقلًا، عدلًا -لأن هذه ولاية من جهته، ومن لم يتصف بذلك فليس بأهل للولايات- عالمًا بالقسمة، [أي: لمعرفته بالحساب والمساحة؛ لأنهما آلة القسمة][1] كما أن الفقه آلة القضاء.

واعتبر الماوردي والبغوي في هذا الباب وراء ذلك: أن يكون قليل الطمع نزيه النفس؛ حتى لا يرتشيَ فيما يلي ويخونَ.

وقال الماوردي وغيره عند الكلام في صفة كاتب القاضي: إن الشافعي قال: والقاسم في صفة الكاتب، عالم بالحساب، لا يخدع. ثم قال: وهذا صحيح؛ لأن القاسم أمين الحاكم؛ فوجب أن يكون على صفات الكاتب من العدالة، والأمانة، واستكمال الأوصاف الأربعة، أي: المذكورة ثَمَّ.

ونزيد عليها: أن يكون عارفًا بالحساب والمساحة، وأن يكون عارفًا بالقيم؛ فإن خفيت عليه القيمة؛ لاختلاف الأجناس المقوَّمة، لم يكن ذلك تقصيرًا في صنعته، ورجع[2] الحاكم في التقويم إلى غيره.

والقاضي أبو الطيب والبندنيجي قالا: يستحب أن يكون عارفًا بقيم الأشياء التي يقسمها؛ لأنه يحتاج إلى تعديلها، فإن لم يكن عارفًا بذلك، جاز، ويسأل[3] مقوِّمَيْنِ عَدْلَيْنِ عن قيمة ما يقسمه إذا أراد أن يقسم. وتبعهما في ذلك ابن الصباغ.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجهين في احتياج القاسم إلى معرفة ذلك، حكاهما[4] الرافعي عن رواية أبي الفرج الزاز.

وقد استغنى الشيخ وغيره عن التصريح باشتراط الذكورة وإن كانت معتبرة -كما صرح به الرافعي- بإطلاق ما ذكروه؛ [فإن المفهوم منه الذكورة][5]؛ على أن في بعض النسخ ذكرها.

أما الشركاء إذا أرادوا أن ينصبوا من يقسم بينهم:

فإن لم يجعلوه حكمًا في ذلك، بل وكيلًا، جاز أن يكون عبدًا، وفاسقًا؛ كما صرح به البندنيجي، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وأفهمه كلام الماوردي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص: ورفع.
(٣) في أ: وسال.
(٤) في أ: وحكاه.
(٥) سقط في ع.

ووجهه القاضي بأنه نائب عنهم في القسمة، ووكيل لهم فيها، ولو اقتسموا هم جاز ذلك على أي حال كانوا؛ فكذلك إذا وكلوا رجلًا عنهم في القسمة، جاز على أي حال كان، قال: غير أنه إذا قسم وأقرع بينهم، لم تلزم القسمة حتى يقع التراضي بها بين الشركاء بعد الإقراع، وعلى هذه الحالة يحمل كلام الشيخ في «المهذب».

وفي «الرافعي»: أنه ينبغي أن يكون توكيل العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في البيع والشراء.

وإن كانوا قد جعلوه حكمًا يحكم بينهم في القسمة، فقد أطلق البندنيجي، والقاضي أبو الطيب، وصاحب «المرشد» القولَ باعتبار صفات القاسم المنصوب من جهة الحاكم فيه.

وقال ابن الصباغ بعد حكاية ذلك - أيضًا-: ينبغي إذا قلنا: لا تلزمهم -أي: قسمته- إلا بتراضيهم، ألا يشترط في الابتداء الحرية والعدالة.

[قلت][١]: وفيما قاله نظر: بل لا ينبغي جواز ذلك وإن قلنا: لا بد من التراضي بعد القرعة؛ لأن القائل بهذا يجعل تمام التحكيم موقوفًا على هذا الرضا؛ كما قال بمثله في التحكيم في الأموال، وإذا كان [كذلك فالقسمة][٢] الواقعة من المحكَّم إذا رضي بها الشركاء بعد الإقراع - قسمةٌ من حاكم؛ فاعتبرت فيه صفات الحاكم؛ كما أنا نعتبرها في المحكَّم في الأموال وإن لم يلزم حكمه إلا بالرضا بعده، والله أعلم.

قال: وإن لم يكن في القسمة تقويم - أي: وقد أمر بها الحاكم جبرًا - جاز قاسم واحد؛ لأن قسمته تلزم بنفس قوله كحكم[٣] الحاكم؛ فاكتفي فيها بالواحد؛ كالحكم؛ وهذا ما أورده القاضيان: أبو الطيب والحسين، والبندنيجي، والمعظم؛ كما قال الرافعي، وبه قطع قاطعون؛ تمسكًا بقول الشافعي: «القاسم حاكم».

وفي «الحاوي»: أنه قال في موضع آخر: إذا لم يكن في القسمة تعديل ولا تقويم، أمر الحاكم الشركاء أن يجتمعوا على قاسمَيْنِ. وظاهر هذا أنه لا يجزئ قاسم واحد؛ ولأجل ذلك قال [أكثر][٤] الأصحاب: في المسألة قولان:

أحدهما: يجزئ قاسم واحد؛ كما يجوز كيَّال واحد، [ووزَّان واحد][٥].

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص، ع: ذلك في القسمة.
(٣) في أ: الحكم، ص: الحكام.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.

والثاني: لا يجوز أقل من قاسمين؛ كما لا يجزئ أقل من مقوِّمَيْنِ، وكما لا يجزئ في جزاء الصيد أقل من مجتهدين، ولا يمتنع إذا كان القاسم كالحاكم أن يجمع فيه بين اثنين؛ كما قال - تعالى-: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمٗا مِّنۡ أَهۡلِهَآ﴾ [النساء: ٣٥].

والغزالي حكى القولين، [وقال: إن][١] مأخذهما أن منصبه منصب الحاكم، أو منصب الشاهد؟

وحكى الماوردي عن بعضهم: أنه منع الخلاف في المسألة، ونزل النصين على حالين؛ فقال: إن كان في الشركاء طفل أو غائب لا يجيب عن نفسه لم يجزئ أقل من قاسمين، وإن كانوا حضورًا يجيبون عن أنفسهم، أجزأ قاسم واحد.

وفي «النهاية»: أن صاحب «التقريب» قال: إن كان في الشركاء طفل، أو مجنون، فلا بد من قاسمين، وإن لم يكونا فعلى قولين. ثم قال: و[هذا][٢] ليس فقهًا متينًا؛ فإن ما يدعى من العدد في البينات لا يختلف بأمثال [ما][٣] ذكره[٤].

وبهذه الطريقة يتحصل في المسألة أربعة طرق.

قال: وإن كان [فيها][٥] **تقويم، لم يجز إلا قاسمان**؛ لأن التقويم لا يثبت إلا باثنين؛ [وهذا ما][٦] حكاه الماوردي، والبندنيجي، وصاحب «التهذيب»، و«الكافي»، و«البحر»، وقضيته: أن الحاكم لو فوض للقاسم سماع البينة بالتقويم، وأن يقسم[٧] وحده بعد ثبوت ذلك عنده - أنه [لا][٨] يكتفى بذلك، وقد قال الإمام: إن ذلك سائغ، وعليه ينطبق ما حكيناه عن القاضي أبي الطيب وغيره عند الكلام في صفة القاسم.

[ثم قد ينقدح] [٩] على ما قاله الشيخ وغيره [سؤال وجواب][١٠] يتحرك بهما فوائد، فيقال: فلو فوض الحاكم إلى مقوِّم أن يحكم بالتقويم باجتهاده، لم يكفِ؛ كما رآه الإمام، ولم يحك سواه، وتبعه الغزالي في ذلك.

وإذا كان كذلك فينبغي إذا كان القاسمان هما المقومان -كما هي صورة الكتاب-

(١) في أ: قال.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ: ذكروه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص، ع: وهكذا.
(٧) زاد في أ: بعد.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في ص: جواب وسؤال.

ألا يجوز أيضًا؛ بناء على هذا؛ لأن الذي امتازت به هذه الصورة عما ذكرناه - إن كان الحاكم قد فوض أمر التقويم إليهما - موافقةُ أحدهما للآخر في الاجتهاد، وذلك لا يوجب ثبوت القيمة التي يترتب عليها القسمة، وإنما قلنا: إنها لا توجب ثبوت القيمة؛ لأن كل واحد منهما في نفسه قد قلنا: إنه لا يجوز أن يعتمد في حكمه بالقيمة على اجتهاده خاصة، وصاحبه إن شهد عنده بشرط الشهادة فلا تثبت القيمة به وحده؛ فإنه لا خلاف على المذهب: أنها لا تثبت بأقل من اثنين؛ فلم يوجد ما يقتضي الثبوت.

ولا يقال - أيضًا - : بتخريج الحكم في مثل هذه الصورة بالقيمة، على خلافٍ سبقَ ذكره في أنا إذا قلنا: لا يقضي القاضي بعلمه، فشهد شاهد عنده بما علمه، هل يقضي إذ ذاك أم لا؟ لأن المستند ثم العلم، وهاهنا هو ظن.

ولا خلاف عندهم: أن القاضي لا يقضي بظنه المستند إلى [غير][1] قول شاهدين، أو شاهد ويمين، ونحوهما، إلا في التعديل -على رأي قطع به بعضهم - لاتساع[2] النظر في التعديل والجرح، وخروجهما عن الضبط، وليس التقويم كذلك؛ فإنه أمر قريب من الضبط، والرجوع فيه إلى معرفة قيم الأمثال مع تداني الصفات.

وطريق الجواب: أن يقال: ما ذكره الإمام وغيره من منع تفويض الحكم في التقويم إلى شخص باجتهاده، مفروضٌ فيما إذا فوض إليه التقويم خاصة؛ ليخبر به القاسم أو الحاكم، أما إذا كان هو القاسم فقد يمنع ذلك؛ فإن ثبوت القيمة يقع تبعًا، والتابع قد لا يشترط فيه ما يشترط في المقصود، ويستأنس لذلك بأن الإمام جزم القول بأن القاضي لو فوض إلى شخص التزكية، لا يجوز أن يحكم فيها باجتهاده؛ لأن حاصل ذلك يرجع إلى رد شهادة مزكِّيَيْن إلى واحد، وذلك غير محتمل فيما يشترط فيه العدد، وجزم هو وغيره بأن للقاضي أن يحكم في التعديل باجتهاده؛ ففرق بين أن تقع التزكية مقصودة، وبين أن تقع تابعة لغيرها؛ فكذلك نقول هاهنا.

فإن قلت: باب[3] التقويم مغاير لذلك؛ فإن الأصحاب سووا فيه بين من فوض إليه التقويم وبين القاضي في كون كل واحد منهما لا يقضي [فيه][4] باجتهاده، وإذا

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: لامتناع.
(٣) في ع: بأن.
(٤) سقط في أ.

كان كذلك لم يحسن ما قلته.

قلت: قد حكى الإمام عن الأصحاب في أن القاضي هل يقضي في التقويم باجتهاده - طريقين:

إحداهما: القطع بالمنع؛ لأن القاضي ليس له أن يقضي بما لا يتحققه ويعلمه ببصيرة نفسه، وهذا منه.

والثانية: طرد القولين في القضاء بالعلم، فإن قلنا بالجواز اندفع السؤال من أصله، وإن قلنا بالمنع فجوابه: أنا ذكرنا ذلك على سبيل الاستئناس، لا أنه دليل الحكم، وإذ قد بطل كونه مستأنسًا، لم يضرنا[1] ذلك في الجواب، والله أعلم.

وقد جمع في «الذخائر» بين هذه المسألة والتي قبلها، وقال: في اعتبار العدد لأصحابنا أربع طرق:

إحداها - وهي طريقة العراقيين-: ما ذكره الشيخ.

والثانية: إن كان فيها تقويم فلا بد من اثنين، وإن لم يكن فيها تقويم فقولان.

والثالثة: أن المسألة على قولين من غير تفصيل:

أحدهما: يكتفى بواحد؛ كالقاضي.

والثاني: لا بد من اثنين.

والرابعة - قالها صاحب «التقريب»-: إن تعلقت القسمة بصبي أو مجنون، فلا بد من العدد، وإلا فلا.

وهذا الذي ذكره يفهم: أن القسمة إذا كان فيها تقويم يجيء فيها الطريقة الثالثة والرابعة، ولم أرهما في غيره.

قال: وإن كان فيها خرص، ففيه قولان:

أحدهما: يجوز واحد؛ لما روت عائشة -رضي الله عنها- «أَنَّ رَسُوْلَ اللهِ ﷺ كَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللهِ بْنَ رَوَاحَةَ خَارِصًا؛ فَكَانَ يُخَيِّرُ اليَهُوْدَ، فَيَقُولُ[2]: إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي»[3].

ولأن الخارص لا يخلو عن نوع مجازفة، فلو فرضنا خارصين، لَبَعُدَ اتفاقهما،

---

(١) في أ: يضر. (٢) في أ: ويقول.
(٣) تقدم.

وفيه تعطيل التعويل على الخرص.

والثاني: لا يجوز إلا اثنان؛ إلحاقًا له بالتقويم؛ لشبهه به.

قال الإمام: وهو القياس؛ فليس يتجه بين المقوِّم والخارص فرق؛ فإن كل واحد منهما يبني[(١)] قوله على التخمين والحدس مع الاستمساك ببصره عنده.

والقائلون بالأول -وهو الصحيح عند النواوي وغيره - فرقوا بأن الخارص يجتهد[(٢)]، ويعمل باجتهاده، فكان كالحاكم، والمقوم يخبر بقيمة الشيء، فهو بمنزلة[(٣)] الشاهد؛ فاحتيج إلى اثنين.

أما إذا لم تكن القسمة [بأمر][(٤)] الحاكم، بل المفوِّض لها الشركاء - ففي «الحاوي»، و«البحر»: أنهم يحملون في العدد على ما اتفقوا عليه من واحد أو اثنين؛ كما حملوا فيه على اختيارهم القاسم وإن لم يكن مختارًا. قالا: ولا يقبل الحاكم قول هذا القاسم؛ لأنه ليس بنائب عنه، ولا يسمع شهادته؛ لأنه شاهد على فعل نفسه.

وسيأتي الكلام في هذا، إن شاء الله تعالى.

فرع: حيث قلنا: يكفي قاسم واحد، يقبل الحاكم قوله وحده؛ لاستنابته له؛ كما يقبل قول خلفائه. وحيث قلنا: لا بد من اثنين، لم يقبل قول الواحد، وقبل قول الاثنين؛ قاله في «الحاوي»، و«البحر».

ثم قال الروياني: ولا يفتقر القاسم إلى لفظ الشهادة، وقال بعض أصحابنا: فيه وجهان، وليس بشيء. وكأنه -والله أعلم- يشير إلى الفوراني؛ لأن الوجهين في «الإبانة».

قال: **وأجرة القاسم** - أي: المنصوب من قبل[(٥)] القاضي - من[(٦)] **بيت المال** -أي: من سهم المصالح- لأن نصيبه من المصالح.

قال القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ: وللإمام أن يستأجره بأجرة مقدرة، أو يجعل له رزقًا راتبًا؛ لأنه بمنزلة الحاكم، وقد كان لعليّ -كرم الله وجهه-

---

(١) في أ: مبني على.
(٢) زاد في ع: فيه.
(٣) في ص: منزلة.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: جهة.
(٦) في التنبيه: في.

قاسم هو عبد الله بن يحيى، وكان يعطيه [رزقه] (١) من بيت المال.

وفصَّل الماوردي فقال: إن كثرت القسمة والطلب، فرض أرزاقهم مشاهرة من سهم المصالح، وإن قلت أُعْطُوا منه أجرةَ كلِّ قِسْمة.

وعن «شرح مختصر» الجويني حكاية وجه عن أبي إسحاق: أنه لا يرزق القاسم من بيت المال؛ لأنه لا يحتاج إلى تفريغ النفس والعمل، بخلاف القاضي.

قال: **فإن**(٢) **لم يكن، فعلى الشركاء** - أي: إن لم يجدوا متبرعًا- لأنه يعمل لهم.

قال الماوردي: ولا تمنع نيابة القسام [عن القضاة](٣) أن يعتاضوا عن القسمة، بخلاف القضاة الممنوعين من الاعتياض على الأحكام من الخصوم؛ لوقوع الفرق من وجهين:

أحدهما: أن في القضاء حقًّا لله - تعالى - فمنع به القضاة من الاعتياض عنه، والقسم من حقوق الآدميين المحضة؛ فجاز للقسام الاعتياض عنها.

والثاني: أن للقاسم عملًا يباشره بنفسه؛ فصار كصانع الأعمال في جواز الاعتياض عنها، والقضاة مقصورون على الأوامر والنواهي التي لا يصح(٤) الاعتياض عنها.

وفي «البحر» فرق آخر، وهو أن القضاة يعملون للشرع، وينوبون عن كافة المسلمين؛ فإن الحكم من فرائض الكفايات، [والقسمة لا تفرض على الأعيان ولا على الكفاية](٥).

قال: **ويقسم عليهم على قدر أملاكهم**؛ لأنها مؤنة لزمت الملك المشترك؛ فوجب أن تقسط على قدر الأنصباء؛ كنفقة العبد المشترك، والبهيمة؛ وهذا ما حكاه العراقيون والماوردي، وهو المنصوص في «المختصر».

وحكى المراوزة مع هذه الطريقة طريقة أخرى، وهي إجراء قولين في المسألة:

أحدهما: أنها على الأنصباء.

والثاني: أنها على عدد الرءوس؛ [على ما قاله القاضي الحسين](٦).

---

(١) سقط في ع.
(٢) في التنبيه: وإن.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ص: يصلح.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

وهما مبنيان على أن الشفعة تقسم على قدر الأنصباء، أو على عدد الرءوس؟ وفيه قولان سبقا.

قلت: وقد حكيت عنه في باب الشفعة: أن القولين في أن [الشفعة [تقسم](١) على قدر الأنصباء، أو على عدد الرءوس - [مبنيان](٢) على القولين في أن](٣) مؤنة القسمة تكون على قدر الأنصباء، أو على عدد الرءوس؟ وهذا متناقض(٤)، فليت شعري ما الصحيح من البناءين؟!

وقد تمسك بعضهم في جعل مؤنة القسمة على عدد الرءوس بأن العمل في النصيب اليسير كالعمل في النصيب الكثير(٥)؛ لأنه لا يتميز أحدهما من(٦) الآخر؛ فالعمل(٧) في الجميع، وإذا كان العمل فيهما واحدًا، استووا في الأجرة.

وبعضهم قال: العمل في اليسير أكثر منه في الكثير؛ لأن الحساب في الجزء اليسير(٨) أغمض، ولأن القسمة تقع بحسب أقل الأجزاء، فإن لم يجب على من قل نصيبه زيادة، فلا أقل من التساوي.

والأصح باتفاق الأصحاب: الطريق الأول؛ لأنه قد يقل سهم أحد الشريكين حتى يكون سهمًا من مائة سهم؛ فلو ألزم نصف الأجرة، لجاز أن يستوعب قيمة ملكه(٩)؛ فيؤدي إجازة ملكه(١٠) بالقسمة إلى إزالة ملكه(١١) بها، وهذا مدفوع في المعقول، والقائلون به فرقوا بينه وبين الشفعة بشيء يحصل به الجواب عما ذكره من انتصر للقول الثاني بما ذكرناه أولًا، وهو أن الشفعة شرعت لإزالة الضرر، وقطع ضرر الدخيل، وضرر صاحب اليسير كضرر صاحب الكثير؛ فاستويا في قدر الشفعة، وأجرة القاسم تستحق بالعمل، والعمل لصاحب الكثير أكثر؛ فإنه يكيل لصاحب العشر مرة، ولصاحب الباقي تسع مرات. وإن كان ذلك في أرض، فإنه إذا فرغ من العمل والتمييز، يعلم أن العمل الذي [وقع](١٢) في أكثرهما أكثر؛ فإنه إذا ذرع ذراعًا كان سدسه لصاحب السدس، وخمسة أسداسه لصاحب الباقي؛ فوجب أن يختلف الأجر

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ع.
(٤) في ص: مناقض.
(٥) في أ: الكبير.
(٦) في ع: على.
(٧) في أ: بالعمل.
(٨) في ص: القليل.
(٩) في ع: ماله.
(١٠) في ع: ماله.
(١١) في ع: ماله.
(١٢) سقط في ع.

باختلاف الأنصباء، وإن[1] كان العمل لا يتميز؛ ألا ترى أن الشريكين إذا استأجرا راعيًا؛ ليرعى لهما مائة شاة بينهما، ولأحدهما عشرها- فإن الأجرة تكون على الأنصباء، وإن كان حفظ العشر منها لا يحصل إلا بحفظ الجميع ومراعاته؟! كذا قاله أبو الطيب.

وليعلم أن المسألة مصورة بصورتين:

إحداهما: أن يكون الحاكم قد أمر بالقسمة، ولم يسمِّ للقاسم شيئًا؛ فإن أجرة المثل- كما قال الماوردي، وصاحب «البحر» - واجبة [له][2] عليهم، وفي هذه الحالة لو تولى القسمة اثنان، استحق كل منهما أجرة مثله.

وفي معنى هذه الصورة: ما إذا دعا الشركاء القاسم إلى القسمة، ولم يسموا [له][3] أجرًا، وقلنا باستحقاقه الأجرة إما على وجه مطلقًا، أو على وجه إن كان القاسم ممن يأخذ الأجرة، دون ما إذا كان لا يأخذها؛ كما حكاه الماوردي.

الثانية: أن يستأجره الشركاء بعقد واحد بأجرة مطلقة، فيستحقها عليهم، وهذه الصورة أوردها العراقيون والمراوزة.

ولو كان المستأجر فيها على القسمة اثنين استحقا المسمى لا غير، وفي كيفية اقتسامهما إياه وجهان في «الحاوي»:

أحدهما: [أنه][4] يقسم نصفين؛ اعتبارًا بالعدد.

والثاني: أنه يقسم على قدر أجرة مثليهما؛ اعتبارًا بالعمل.

ولو استأجر كل واحد منهم[5] القاسم في حقه خاصة دون شركائه، قال الماوردي، والبندنيجي، وابن الصباغ، وغيرهم: فهذا جائز، ويختص كل واحد منهم بإلزام ما سماه، ولا فرق بين أن يتساووا أو يتفاضلوا، وهذا مما لا خلاف فيه عندنا، وعليه نص الشافعي.

وفي «النهاية» أن هذا ظاهر فيما إذا فرض اجتماعهم على الاستئجار؛ قال الرافعي: بأن [قالوا:][6] استأجرناك؛ لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان، وديناري على فلان،

---

(١) في أ: وإذا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: منها.
(٦) سقط في أ.

أو وكلوا وكيلًا فعقد[١] لهم كذلك.

والصورة الأولى هي التي يقتضيها كلام أبي الطيب.

قال الإمام: أما إذا فرضت عقود مترتبة؛ بأن استأجر صاحب النصف القاسم على تمييز حصته، ثم استأجره صاحب الثلث على تمييز حصته، ثم استأجره صاحب السدس على تمييز حصته - ففيه سؤال أبداه القاضي الحسين في صحة إجارة الأجير؛ لأن الأولين [لما][٢] استأجراه لإفراز نصيبهما [صار إفراز نصيبه مستحقًّا -أيضًا- عليه؛ إذ لا يمكن إفراز نصيبهما][٣] إلا بإفراز نصيبه، فإذا استأجره صادفت الإجارة عملًا مستحقًّا عليه لغيره؛ فأشبه الإجارة على الإجارة. وأجاب عنه بأن إفراز النصيبين من غير عمل في نصيب الثالث بالمساحة والتخطي لأجلها، وإدخال اسمه في البنادق والقرعة - مما لا يتأتى، وهذه الأعمال غير مستحقة عليه بإجارة[٤] شريكَيْهِ؛ فيقع استئجار الثالث عليها.

قال الإمام: وهذا لا يدرأ الإشكال، وسبيل الجواب: أن استئجار الأولين لا يتم الغرض منه ما لم يستأجر الثالث؛ فإن هذا مفروض في غير الإجبار، وكيف يتأتى التمييز إلا بالتصرف في جهة الثالث، ولامتناع التصرف في ملك الغير إلا برضاه، ولو فرضت الكلام في حالة الإجبار من جهة السلطان فهو ينزل المؤنة عليهم على اجتماع -كما تقدم- فليس[٥] مما نحن فيه.

نعم، المشكل في غير صورة الإجبار - أن كل واحد من استئجار الأول والثاني بعيد عن التصرف؛ فإن القسمة من ضرورتها بسط العمل على الحصص؛ فكما أن الملك قبل القسمة غير متميز فعمل القسام[٦] غير متميز، وحينئذ فانفراد بعض الشركاء بالاستئجار على تمييز حصته باطل.

ولو أراد أن يستأجر؛ ليغرم تمام الأجرة عن الكل: فإن لم يرضوا فكذلك؛ لما ذكرناه. وإن رضوا فهو متبرع عليهم، موكل عنهم في الاستئجار؛ فيصح؛ كما لو وكل الجميع وكيلًا في الاستئجار عنهم بتفاوت في الأجرة، ففعل ذلك في عقد واحد؛ فإن عمله استحق دفعة واحدة لهم، وغايته تخيل شيوع في

---

(١) في ص: يعقد.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ع: بإجازة.
(٥) في ص: وليس.
(٦) زاد في ص، ع: في.

العمل [المستحق][(١)].

ولخص في «الوسيط» ذلك، فقال: ليس لواحد أن ينفرد بالاستئجار بغير إذن الشريك؛ لأن تردده في الملك المشترك ممنوع [بدون الإذن؛ فيكون العمل ممنوعًا][(٢)]، والإجارة فاسدة، بل يعقد واحد بإذن الباقين، أو الوكيل [بإذن الجميع][(٣)].

وفي «البحر»: أنه لو قال: أجرت نفسي منك؛ فأفرز نصيبك، وهو النصف من هذه الدار على كذا - صح إن رضي الباقون بالقسمة، أو كان بحيث لا يحتاج إلى رضاهم. فأما حيث يحتاج إلى الرضا ولم يرضوا [بعدُ][(٤)] فعقده فاسد في نصيب هذا، والله أعلم.

أما إذا عدل الشركاء عن القاسم المنصوب من جهة القاضي إلى قاسم ارتضوه، فأجرته عليهم وإن كان في بيت المال فضل، وتجب على جميعهم إن كان الطالب أحدهم[(٥)]، وأجبروا عليها؛ كما صرح به البندنيجي، والروياني، وغيرهما.

وعن ابن كج رواية وجه عن ابن القطان: أنها على الطالب خاصة.

والمشهور: الأول.

وعلى هذا: فلا فرق بين أن يكون على الممتنع ضرر أو[(٦)] لا، وسواء كان يتيمًا أم[(٧)] لا.

وفي «الحاوي» وغيره: أنه إذا كان شريك الطالب يتيمًا [وعليه][(٨)] ضرر في القسمة، قال الشافعي: «ففي نفسي من أن أحمل عليه شيئًا، وهو مما لا يرضى له - شيء»، وأن الأصحاب اختلفوا في: ماذا أشار إليه:

فقال بعضهم: أشار إلى أصل القسمة، فخرجها على وجهين:

أحدهما: يمنع الطالب.

والثاني: يجاب، وهو الذي أورده الفوراني والإمام؛ قياسًا على رد الشيء عليه بالعيب.

---

(١) سقط في ع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: أحدهما.
(٦) في ص، ع: أم.
(٧) في ص: أو.
(٨) سقط في أ.

وقال آخرون: أشار إلى أجرة القسمة، لأن القسمة لا تمنع لحق[١] الصغير إذا أجبرنا الكبير؛ لأن الصغر[٢] لا يمنع الحقوق؛ فيكون في لزوم الأجرة له وجهان:

أحدهما : يلزمه الحاكم قسطه منها مع عدم حظه.

والثاني : يقول الحاكم للطالب: إن أردت القسمة التزم المؤنة. وهذا ما أجاب به في «العدة»، وقال الفوراني: إنه أصح القولين. وإلى ذلك أشار في «البحر» بقوله: إن هذا اختيار أكثر أصحابنا بخراسان[٣]، وإلا فالإمام قال بعد حكايته عن رواية صاحب «التقريب»، والقاضي: إنه ضعيف، لا أصل له، وإن من العاملين به من طرده وإن لم يكن في القسمة ضرر على الطفل، وطلب من وليه القسمة؛ وهذا في[٤] نهاية الضعف.

قلت[٥]: وهذا راجع إلى الوجه المحكي عن ابن القطان.

قال: وإن طلب القسمة أحد الشريكين، وامتنع الآخر، نظر:

فإن لم يكن على واحد منهما ضرر: كالحبوب، والأدهان، والثياب الغليظة-أي: التي لا تنقص قيمتها بالقطع- **والأراضي، والدور - أجبر الممتنع**؛ لأن الطالب يطلب الانتفاع بماله على الكمال، والخلاص من سوء المشاركة؛ فأجيب إليه؛ لإمكانه من غير إضرار بشريكه؛ كما لو اختلط له درهم بعشرة دراهم؛ كذا قاله أبو الطيب.

وهذه القسمة تسمى: قسمة الإفراز والإجبار، وتتناول كل متساوي الأجزاء؛ حتى قال القاضي الحسين: إنها تجري في اللبن المسبوك[٦] في قالب واحد، بخلاف ما لو تفاوتت أشكاله لتفاوت القوالب[٧]؛ فإنه يكون كالعرض.

ولا فرق فيها بين أن يتساوى الشريكان في الملك، أو تختلف حصتهما.

وعن ابن كج حكاية[٨] وجه عن ابن [أبي][٩] هريرة: أنه لا إجبار عند تفاوت الأنصباء؛ لأنه لا يمكن أن يدفع إلى صاحب السدس الجزء الثاني، ولا الجزء الخامس، وإنما يحسن الإجبار إذا استوى الشريكان في احتمال أخذ كل واحد من الأجزاء.

---

(١) في أ: بحق.
(٢) في أ: الصغير.
(٣) في ع: الخراسانين.
(٤) في أ ص: على.
(٥) في أ: تنبيه.
(٦) في ع: المشترك.
(٧) في ص: القالب.
(٨) في ص: رواية.
(٩) سقط في أ.

وهذا التعليل ينفي إجراء هذا الوجه فيما إذا لم يكن في الملك سوى شريكين وإن اختلفت حصتهما، والمذهب: أنه لا فرق بين أن يكون في الملك شريكان أو شركاء؛ وعلى هذا: لو كان الشركاء في مثل هذه الأموال ستة على التساوي، والممتنع خمسة - قال في «الحاوي»: قسم أسداسًا، وأفرد للطالب[١] سدسه، وكان خمسة أسداسه[٢] مشتركًا بين الباقين.

ولو كان الطالب منهم اثنين[٣]؛ ليحوزا سهميهما مجتمعين، قسمت أثلاثًا، وأفرد لطالبي القسمة ثلثها مشتركًا بينهما، وكان الثلثان مشتركين بين الباقين.

وإن طلبها ثلاثة؛ ليحوزوا سهامهم مجتمعة، قسمت نصفين، وأفرد أحد النصفين للطالبين، والنصف الآخر للممتنعين.

[ثم][٤] على هذا الاعتبار فيما زاد، ونقص، واجتمع، وافترق.

واعلم أن ما ذكرناه[٥] مصور بما إذا كان التنازع في قسمة كل ثوب من الثياب المذكورة، أو أرض، أو دار، [كما صرح به الأصحاب، وظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق فيما ذكره في الأرض والدار][٦] والثوب بين أن تتساوى أجزاء ذلك، أو تختلف وتعدل بالقيمة، وهو ما أورده البندنيجي وغيره.

وفي «الحاوي»: أن الثوب[٧] الواحد إذا اختلفت قيمته لاختلاف نقوشه وألوانه، قسم اختيارًا لا إجبارًا، [وإن تماثل، ولم يختلف، ولم تنقص قيمته بقطعه - ففي قسمته إجبارًا][٨] وجهان، وقد حكاهما الفوراني، وبناهما على جواز بيع ذراع من ذلك.

وفي «البحر»: أن قيمته إن انتقصت بالقطع، لم يجبر الممتنع، وإن لم تنقص فوجهان، ونسب هذا إلى الخراسانيين، وقال: [إن][٩] ابن سلمة من أصحابنا قال: إنه يجوز بكل حال؛ لأن الثياب لا تنقسم بنفسها[١٠]، بخلاف الدُّور.

---

(١) في ع: للمطالب.
(٢) في أ: أسداس.
(٣) في أ، ص: اثنان منهم.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: ذكره.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ص: للثوب.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ع.
(١٠) في أ، ع: بنفسه.

وقال الإمام: الأصحاب أطلقوا قسمة الدور، وأجروا فيها الإجبار كإجرائهم ذلك في العَرَصات، وهذا فيه نظر؛ فإن الدور تشتمل على أبنية وسقوف[١] وبيوت وأَرْوِقَة، وهي ذوات أشكال مختلفة[٢]، والأغراض في السكن تتفاوت تفاوتًا بيِّنًا، وهذا زائد على الأغراض التي تفرض في العبيد، وقد أجري الخلاف في الإجبار على قسمتها؛ فكيف يطلق الوفاق في الإجبار على قسمة الدور مع ما وصفناه؟! فالوجه أن يقال: إن استوت الأبنية، وكان في شرقي الدار صُفَّة[٣] بيت، وكذلك في غربها، ويتأتى التعديل بتبعيض العرصة؛ [فتشتمل كل حصة على ما تشتمل عليه الأخرى][٤] من الأبنية - فيجوز أن يقال: يجري الإجبار على مثل هذه القسمة.

فأما إذا اختلفت أشكال الأبنية؛ فيتعين عندي قطعًا تخريج الخلاف -أي: المذكور في قسمة النقل والتعديل- في إجراء القسمة فيها؛ لما أشرت إليه من تفاوت الأغراض، واختلاف المنافع؛ وهذا ما أورده في «الوسيط» و«الوجيز».

وحكي عن الأصحاب أنهم قالوا: [إذا اختلفت قيمة جوانب العرصة؛ لقرب بعضها من[٥] الماء، بحيث يكون][٦] الثلث بالمساحة نصفًا بالقيمة-: إنه يجبر على قسمتها كذلك، وأنهم لم يخرجوه على الخلاف.

وفي «المهذب»، و«الحاوي»، و«البحر» حكاية قولين في الإجبار على هذه القسمة إذا لم يمكن قسمة الأكثر قيمة والأقل قيمة، والأصح منهما[٧] في «التهذيب»: عدم الإجبار، وقال القاضي الحسين: إنه [المذهب.

و][٨] المذكور في «تعليق» البندنيجي، وهو اختيار الشيخ أبي حامد: مقابله.

قالوا: وعلى هذا فأجرة القاسم توزع بحسب الشركة في الأصل، أم بحسب المأخوذ قلةً وكثرةً؟ فيه وجهان، أقربهما في «الرافعي»: الثاني، وهو المختار في «المرشد».

أما إذا أمكن قسمة الأكثر قيمة والأقل قيمة[٩]؛ كما[١٠] إذا كان الجيد في مقدمها،

---

(١) في ع: سقف.
(٢) في أ: تختلف.
(٣) زاد في أ: و.
(٤) سقط في ع.
(٥) زاد في أ: بعض.
(٦) سقط في ع.
(٧) في أ: منها.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ص: قسمة.
(١٠) في ع: فيما.

والرديء في مؤخرها، وإذا قسمت بينهما نصفين، صار لكل واحد منهما من الجيد والرديء مثل ما لصاحبه من الجيد والرديء -فهذه تدخلها قسمة الإجبار كالمتساوية الأجزاء.

وحكم الأرض التي يسقى بعضها بالنضح، وبعضها يسقى بالنهر -حكم ما ذكرناه.

وكذلك قال البغوي فيما إذا كان [في][1] بعض الأرض شجر أو[2] بناء، وبعضها خالٍ، أو كانت الدار بعضها مبني بالآجر، وبعضها [مبني][3] بالخشب والطين.

قال: **وإن كان عليهما ضرر: كالجواهر، والثياب المرتفعة** - أي: [التى][4] تنقص قيمتها بالقطع - **والرحى، والبئر، والحمام الصغير - لم يجبر الممتنع.**

أما [في][5] الجواهر وما في معناها، فقد وافق الخصم - وهو الإمام مالك - عليه.

وأما في الباقي؛ فلقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الإِسْلَامِ»[6].

ولأن في ذلك إضاعة للمال، وَقَدْ نَهَى ﷺ عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ[7].

وبالقياس على الجواهر.

ثم بماذا يعتبر دخول الضرر؟ فيه أوجه ذكرناها في باب الشفعة.

تنبيه: كلام الشيخ مصرح في الصورة[8] المذكورة بامتناع الإجبار، ومفهومه: الجواز عند التراضي، والحديث قد يأباه، والمنقول في «الحاوي» امتناع قسمة الجوهرة[9] وما يتلف بها وإن وجد التراضي؛ للنهي عن إضاعة المال؛ فإنه سفه يستحق به الحجر، والجواز في الحمام، والسفينة، والسيف، والثوب، وفي الأرض - من طريق الأولى، وقد صرح به القاضي أبو الطيب وغيره[10].

وفي «الرافعي»: أنهم إذا التمسوا قسمة ما فيه ضرر من القاضي، فإن كانت المنفعة تتعطل بالكلية: كالسيف يكسر، فلا يجيبهم في أصح الوجهين، لكن

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: و.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ، ص.
(٥) سقط في ع.
(٦) تقدم.
(٧) تقدم.
(٨) في أ، ص: الصور.
(٩) في أ، ع: الجوهر.
(١٠) زاد في ص: فيها.

[لا][(١)] يمنعهم من أن يقسموا بأنفسهم.

قال في «البحر»: وهذا اختيار القاضي الطبري، وهو ظاهر المذهب.

قال: وإن كان على أحدهما ضرر [دون الآخر - أي:][(٢)] مثل أن يكون لأحدهما [عُشر][(٣)] أرض، وللآخر باقيها، وإذا قسمت أمكن صاحب الأعشار الانتفاع بها؛ إما لاتساع ما يحصل له، أو لضيقه ومجاورته لملك آخر له، إذا أضيف إليه انتفع بهما؛ كما قاله البغوي؛ أخذًا مما سنذكره من كلام الشافعي عند قسمة عرصة الجدار، ولم يوجد مثل ذلك لصاحب العشر.

قال: فإن كان على الطالب، لم يجبر الممتنع؛ لأنه متعنت وسفيه يطلب[(٤)] ما يضره.

قال في «البحر»: وهذا قول أبي إسحاق، وهو الصحيح المشهور من المذهب.

قال: وإن كان على الممتنع، فقد قيل: لا يجبر؛ لأن فيها ضررًا؛ فهو كالضرر عليهما، وقد روى نصر مولى معاوية: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ قِسْمَةِ الضِّرَارِ[(٥)].

وقيل: يجبر، وهو الأصح؛ لأنه[(٦)] يطلب حقًّا له ينتفع به؛ فوجب إجابته وإن أضر بالمطلوب منه؛ كما يطالب الغريم بدينه وإن كان لا يملك إلا قدره.

و[أما][(٧)] الخبر فقد قال في «البحر»: إنه مرسل.

وهذان الوجهان نسبهما العبادي إلى ابن سريج، وقال في «البحر»: إن الثاني هو المنصوص عليه، والأول قال به أبو ثور.

قال ابن يونس: واعلم أن ما ذكره الشيخ هو الترتيب المنقول عن الخراسانيين، وأما المشهور عن العراقيين، فهو: أن الضرر إن كان على الطالب فوجهان في الإجبار، أصحهما: المنع. وإن كان على الممتنع، أجبر قولًا واحدًا.

وما ذكره عن العراقيين هو الذي رأيته في [«تعليق» البندنيجي، وأبي الطيب،

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ، ع: بطلبه.
(٥) أخرجه أبو داود في المراسيل ص (٢٧١)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ١٣٣) وفي إسناده نصير نكرة لا يعرف وروى عنه مروان بن جناح وذكره ابن حبان في ثقاته.
ينظر: ميزان الاعتدال (٧/ ٢٥).
(٦) في أ: فإنه.
(٧) سقط في أ.

و«الشامل»، وكذا في «الحاوي»، و«المهذب»، وقالوا: إن المنع من][1] الإجبار في حالة ضرر الطالب هو المذهب، وما ذكره عن الخراسانيين صحيح أيضًا، ولم يورد الفوراني والبغوي سواه، لكن في «النهاية»: أن العراقيين والقاضي قالوا: من أصحابنا من جعل[2] في كل واحدة[3] من الصورتين وجهين إذا طلبت القسمة: أما إجراء الوجهين في حق صاحب الكثير[4] فعلى ما ذكرناه، وأما إجراؤهما في حق صاحب القليل فمن جهة أنه يقول: لي أن أبطل حق نفسي، وأنت لا تتضرر تضررًا معتبرًا فما عليك؟ فأجبني، ولا تشقق عليّ؛ فإني مطلق التصرف في حصتي.

قال الإمام: وهذه الطريقة لا بأس بها، والأشهر: الأُولى، وهي ما في الكتاب.

وقد فرعوا في حالة كون الضرر على الممتنع: أن أربعة لو كان بينهم أرض: لواحد نصفها، ولكل من الباقين السدس، ولا ضرر في قسمتها نصفين، وفي قسمتها أسداسًا ضرر لصاحب السدس، فطلب صاحب النصف القسمة - قالوا: الثلاثة بالخيار بين أن يفرز النصف لهم مشاعًا، وبين أن يفرز كل واحد [منهم][5] سهمه؛ فهذا معنى قول الشافعي: «وأقول لمن كره القسمة لقلة حصصهم: إن شئتم جمعنا حقوقكم، و[6] كانت مشاعة بينكم؛ لتنتفعوا بها».

وإذا رضوا بقسمتها نصفين، ثم أراد واحد من الثلاثة إفراز نصيبه - لم يجب إليه؛ لأن هذه القسمة الضرر فيها يلحق الجميع.

ولو طلب الثلاثة من صاحب النصف أن يقاسمهم، فيترك لهم النصف، ويأخذ النصف، وامتنع - أجبر عليه، قاله الروياني، والإمام.

قال: **وإن كان بينهما دور، ودكاكين، أو[7] أرض[8] في بعضها شجر، و[9] بعضها بياض، فطلب أحدهما أن تقسم بينهما أعيانًا بالقيمة،** أي: بأن تُجعل دار في مقابلة دار، ودكان في مقابلة دكان، وأرض في مقابلة أرض؛ ليتساوى ذلك في القيمة.

قال: وطلب [الآخر][10] **قسمة كل عين** - أي: جزأين، وذلك ممكن من غير

---

(١) سقط في ع.
(٢) في أ، ص: يجعل.
(٣) في أ: صورة.
(٤) في أ: الكبير.
(٥) سقط في أ، ص.
(٦) في ع: ولو.
(٧) في أ: و.
(٨) في التنبيه: وأراضي.
(٩) زاد في التنبيه: في.
(١٠) سقط في أ.

ضرر - قسمت كل عين؛ لأن كل واحد منهما له حق في الجميع؛ فجاز أن يطالب به، ولا يجاب الآخر؛ لأن القسمة تمييز الحقين في العين؛ وهذا نقل ملك من عين إلى عين أخرى؛ فهو معاوضة، ولا إجبار عليها.

قال الإمام: وهذا متفق عليه بين الأصحاب.

وفي «الرافعي»: أن في «الرقم» للعبادي حكاية وجه: أنه يجبر على قسمتها أعيانًا بالقيمة من غير فرق بين التجاور والتباعد، لكنه ذكر هذا الوجه فيما إذا طلب أحدهما أن تقسم [بينهما](١) أعيانًا بالقيمة، وسكت عن حال الآخر.

وفي «الإبانة» ما يقتضي هذا الوجه -أيضًا- فإنه قال: لو كان بينهما قطعتا(٢) أرض في قريتين، أو بستانان(٣) في موضعين مختلفين، فدعا أحدهما إلى القسمة - فهل يقسمان جبرًا بالقرعة أم لا؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم؛ لاتفاق الجنس، والمنفعة، والثاني: لا؛ لاختلاف المحل والغرض. والمذهب الأول، ويخالف ما لو كان بينهما قرية ذات مساكن، فدعا أحدهما إلى قسمة جميع القرية، ودعا الآخر إلى قسمة كل مسكن منها - فإنه يجاب الأول، ويقسم لكل واحد منهما نصفها بما اشتمل عليه من مساكنه، كما حكاه الماوردي؛ لأن القرية شاملة لمساكنها كالدار الجامعة لبيوتها، ولا يجوز أن يقع الإجبار في قسمة الدار على [قسمة كل](٤) بيت منها، كذلك القرية.

ثم لا فرق -كما قاله القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ- بين أن تكون الدور والحوانيت متجاورة أو متفرقة، ولا بين أن يكون أحدهما كبيرًا(٥) والآخر صغيرًا ينفذ إلى الدار ولا ينفذ حجره لها أو لا.

وأما الأراضي: فإن كانت متفرقة: كأراضي الضياع، فالحكم فيها كذلك، وإن كانت متجاورة متلاصقة، وكل أرض تنسب إلى ضيعة من ضياع القرية- قال أبو إسحاق(٦): هي في حكم الأرض الواحدة؛ فيضم بعضها إلى بعض في قسمة الإجبار، على أن يكون لأحدهما قَرَاحٌ، وللآخر قَرَاحٌ آخر(٧)، سواء اختلفت الطرق

---

(١) سقط في ع.
(٢) في أ، ص: قطعة.
(٣) في أ، ع: في بستانين.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: أكبر.
(٦) زاد في ع: و.
(٧) قوله: على أن يكون لأحدهما قراح، وللآخر قراح آخر... إلى آخره.
القراح - بقاف مفتوحة وراء وحاء مهملتين- قال الجوهري: هي المزرعة التي ليس عليها بناء، ولا فيها شجر، والجمع: أقرحة. [أ و].

واختلف المشرب أو لم يختلف.

وقال غيره من أصحابنا: الحكم كذلك في حال[1] المجاورة، واتحاد الطريق والمشرب، فإن اختلف الطريق و[2] المشرب فهي في حكم الأراضي المتفرقة؛ فلا[3] يضم بعضها إلى بعض في قسمة الإجبار.

قال القاضي أبو الطيب، والبندنيجي: وهذا ظاهر قول الشافعي.

وقال ابن الصباغ: إنه أشبه[4] بكلام الشافعي؛ لأنه قال: «ولا عنب مع نخل»، وأراد به: إذا كان بينهما مراحان في أحدهما نخل، وفي الآخر كرم؛ لأنه لو كان النخل والكرم في مراح واحد، ضم بعضه إلى بعض.

وفي «الحاوي» في حالة التجاور: إن تماثلت في الثمن والمنفعة والمؤنة، فيضم بعضها إلى بعض، وتقع قسمة الإجبار على جميعها؛ كضياع القرية التي يتصل جميعها،][5] ولا يتميز شيء منها، وإن اختلفت أسماؤها.

وفي حال التجاور، واختلاف المنفعة؛ بأن يكون بعضها مزروعًا، وفي بعضها شجر، وفي بعضها كرم، و[في][6] بعضها نخل؛ أو تختلف في الثمن؛ لنفاسة بعضها على بعض- فإن مذهب الشافعي: أن قسمة الإجبار واقعة على كل أرض منها، ولا يضم بعضها إلى بعض في قسمة الإجبار مع اختلافها.

وعلى كل حال: لا فرق -كما قاله القاضي أبو الطيب، والبندنيجي، وابن الصباغ- في الإجبار على قسمة كل مراح من الأرض بين أن يكون فارغًا، أو ما فيه من الأشجار من نوع واحد، أو مختلف الأجناس: كالنخل، والكرم، وغير ذلك؛ فيضم بعض ذلك إلى بعض، ويعدل، ويكون بمنزلة البيوت والأبواب والسقوف المختلفة في دار واحدة.

وفي «الرافعي»: أن الخلاف الآتي في قسمة التعديل يجري فيما إذا كان البستان الواحد بعضه نخل، وبعضه كرم، وأن صاحب «التهذيب» رجح من القولين منع

---

(١) في ع: حالة.
(٢) في ع: أو.
(٣) في أ: فلم.
(٤) في ع: شبيه.
(٥) سقط في ع.
(٦) سقط في أ، ع.

الإجبار، والعراقيون من أصحابنا وغيرهم رجحوا الإجبار.

قال: ويشبه أن يكون الخلاف المذكور مختصًا بما إذا لم يمكن قسمة كل نوع، فإن أمكن، فلا جبر على قسمة التعديل؛ كما لو كانا شريكين في أرض يمكن قسمة كل جيد ورديء منها [بالآخر أو](١) بالأجزاء، لا يجري الإجبار على التعديل.

فرع: لو كان بينهما أرض واحدة، وفيها بناء أو شجر، فأراد أحدهما قسمة الأرض دون البناء والشجر - قال في «الحاوي» و«البحر»: لا يقع في هذه القسمة إجبار.

نعم، لو تراضيا على هذه القسمة، دخل في الأرض قسمة الإجبار ما داما مقيمين على هذا الاتفاق، وقسمت بينهما جبرًا بالقرعة، وإن رجع أحدهما عن الاتفاق، زالت قسمة الإجبار.

قال: وإن كان بينهما عضائد، أي: دكاكين، صغار، لا تقبل كل عضادة القسمة؛ كما قاله البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ وأكثر الناقلين - متلاصقة، فطلب أحدهما قسمتها أعيانًا بالقيمة، وامتنع الآخر - فقد قيل: يجبر؛ لأنها إذا كانت صفًّا واحدًا، كانت بمنزلة بيوت في دار واحدة، أو خان واحد وقد تقدم أنه يجبر على ذلك؛ إذا تساوت قيمة الأجزاء على المذهب؛ فكذلك هاهنا.

قال الرافعي: وهذا أصح على ما ذكره القاضي الروياني [وغيره](٢)، وتبعهم النواوي.

وقيل: لا يجبر؛ لأن كل عضادة مسكن منفرد؛ فأشبهت الدور والدكاكين الكبار المتجاورة.

قال البندنيجي: وهذا هو المذهب.

وفي «الجيلي»: أن هذا إذا لم تنقص القيمة بالقسمة، أما إذا نقصت فلا يجبر على القسمة وجهًا واحدًا.

أما إذا كان كل عضادة تقبل القسمة، فقد قَدَّمَ ذكرها بقوله: «ودكاكين»، والشيخ في «المهذب» عبر عن الدكاكين بالعضائد، وأجرى الوجهين في حالة قبولها القسمة.

قال: وإن كان بينهما عبيد، أو ماشية، أو ثياب، أو أخشاب أي: تنقص بالقطع -

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في ع.

فطلب [أحدهما][(١)] **قسمتها أعيانًا**، أي: لتساوي ذلك في القيمة والنوع، وامتنع الآخر، فالمذهب: أنه يجبر الممتنع؛ لأنه لا يمكن قسمتها من غير ضرر إلا كذلك؛ فوجب كالدار الواحدة.

وقد وافق الشيخ في هذا اللفظ البغوي.

وقال البندنيجي: إن هذا القول هو الذي نص عليه، وعليه أكثر أصحابنا: كابن سريج، وأبي إسحاق، ولم يحك الفوراني سواه.

وقيل: لا يجبر؛ لأنها أعيان منفردة؛ فأشبهت الدور المتفرقة، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة، وابن خيران.

وقد حكى الخلاف في الرقيق وغيره -كما حكاه الشيخ - الماوردي، والبندنيجي، والإمام.

وقال ابن الصباغ، والقاضي أبو الطيب: الخلاف في غير الرقيق، فأما الرقيق فيجبر الممتنع فيه قولًا واحدًا عند أصحابنا؛ لأنه ﷺ جَزَّأَ العبيد الستة الذين أعتقهم الرجل في مرض موته ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم، ولأن الرقيق لما وجب تكميل الحرية فيه، دخلته قسمة الإجبار بالقيمة، بخلاف غيره، وعلى هذا جرى في «المرشد»، وهو الذي حكاه في «البحر» عن نص الشافعي في كتاب العتق.

وفي «تعليق» البندنيجي: [أن ابن][(٢)] خيران قال: إنما فعل رسول الله ﷺ ذلك لمزية الحرية، وفي مسألتنا لا مزية.

والأواني من الرصاص والنحاس والحديد، إن[(٣)] اختلفت وتفاضلت لم تقسم إجبارًا، وإن تشابهت وتماثلت ففي قسمتها إجبارًا وجهان؛ كالحيوان والثياب.

فإن قيل: ذكرتم في علة القول المنصوص: أنه لا يمكن قسمة هذه الأشياء من غير ضرر إلا كذلك؛ فوجب كالدار الواحدة، وهذه العلة تقتضي أنه لو كان بين شريكين حمامان أو طاحونان لا يمكن قسمة كل واحد منهما على الانفراد - أن يقسما كذلك.

قال الماوردي: قد كان بعض أصحابنا يخرج إجبار قسمة الحمامين بين الشريكين على وجهين؛ كالحيوان والثياب، وهذا الطريق في «النهاية» -أيضًا- وقال: إن من

---

(١) سقط في أ، ص.
(٢) في أ: وابن.
(٣) في ص: وإن.

أصحابنا من قال: لا إجبار في الأبنية والبقاع على التصوير الذي ذكرناه، بخلاف العبيد؛ لأن تفاوت الأغراض في البقاع أوضح.

وفي «البحر»: أن ابن القاص ذكر عن ابن سريج أنه كان يفرق، ويقول: الأصل البقاع والرحى، والحمام بقعة، وإنما لا يتهيأ قسمتها؛ للحجارة ونحو ذلك.

فإذا كان كذلك كان معناه معنى القسمة التي فيها الرد، فلم تجز[١] إلا بالتراضي، وليس كذلك الحيوان؛ لأن كل واحد منهما لا ينقسم، وهو أصل بنفسه، وبنا ضرورة إلى إفراز حقوقهم؛ فجاز إذا كثروا أن يقتسموا[٢] إجبارًا، وهو كالوجهين في الدكاكين الضيقة.

أما لو[٣] اختلف النوع والقيمة كالضأن والمعز، فهو كاختلاف الجنس من الحرير والقطن والكتان؛ فلا يجبر الممتنع جزمًا عند العراقيين، وكذا الجمهور؛ كما قال الرافعي.

[و][٤] في «النهاية»[٥]: أنه لو كان بين الشركاء عبد وطاحون وحمام، وأمكن التعديل بجعل كل صنف سهمًا - ففي الإجبار وجهان مرتبان على ما إذا لم تختلف الأصناف، وهذه الصورة أبعد من[٦] الإجبار، وقد نسب الرافعي مثل هذا الطريق في مختلف النوع إلى أبي الفرج السرخسي، وقال: إن الصحيح الأول.

ولو اختلف النوع، واتحدت القيمة، فهل يكون كاختلاف الجنس و[٧]اتحاد النوع؟ فيه وجهان في «الحاوي».

ولو اتحد النوع، واختلفت القيمة، مثل: أن كان المشترك بينهما ثلاثة أعبد، قيمة واحد مائتان، وكل من الآخرين مائة - فإن قلنا في مسألة الكتاب: لا إجبار، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان؛ لظهور التفاوت في العدد؛ كذا قاله الإمام.

وأثبت الرافعي الخلاف قولين، ثم قال: وهما كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء؛ لإلحاقنا الأعيان المتماثلة كالأرض المتساوية الأجزاء.

قلت: إن أراد في أصل إجراء الخلاف فَنَعَمْ، وإن أراد أنه كهو من كل وجه، فلا؛

---

(١) في أ، ص: يجبر.
(٢) في ص: يقسموا.
(٣) في ع: إذا.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ص: الرافعي.
(٦) في ص: عن.
(٧) في أ، ع: أو.

لأن الصحيح عند العراقيين- وبه جزم أكثرهم- الإجبار ثم، والمنع منه هاهنا.

ولو اختلفت قيمة النوع، بأن كان المشترك بينهما حمامين: صغيرًا، وكبيرًا، وكان السهمان لا يعتدلان إلا بأن يجعل الحمام الصغير مع ثلث الحمام الكبير سهمًا، ويُجعل [ثلثا][1] الحمام الكبير سهمًا - فالأصح: أنه لا إجبار على هذا النوع؛ فإن القسمة على ذلك لا تميز ولا تفصل، بل تُبقى اشتراكًا.

وبعضهم -أيضًا- خرجه[2] على الخلاف.

قال الإمام: وهو بعيد.

قلت: هذه الطريقة هي التي يظهر صحتها؛ لأن الفوراني وصاحب «البحر» حكيا فيما إذا كان بينهما عبدان: قيمة أحدهما مائة، والآخر مائتين، وأراد أحدهما القسمة بأن يجعل [كل][3] الخسيس وربع النفيس سهمًا، وثلاثة أرباع النفيس سهمًا - عن الشافعي قولين في هذه الصورة، ولا فرق بينها وبين التي قبلها في التعليل المذكور، وقد حكى الرافعي فيها طريقة جازمة بالإجبار[4].

فرع: قسمة الكلاب هل يجري فيها الإجبار؟ فيه طريقان في «الحاوي»:

إحداهما : نعم؛ لأن الشافعي أجاز قسمة الكلاب مع الغنم كما أجاز الوصية بها، وأنها بخروجها من القسمة تجري مجرى ذوات الأمثال.

[و][5] **الثانية**: تخريجها على الوجهين، وجعل هذا النص دليلًا على أنها أصحهما.

قال: وإن كان بينهما دار، وطلب أحدهما أن تقسم، فيجعل العلو لأحدهما، والسفل للآخر، وامتنع شريكه - لم يجبر الممتنع.

قال الشافعي في «الأم»: لأن أصل الحكم أن من ملك السفل ملك ما تحته، وما

---

(١) سقط في ص.

(٢) زاد في ص: أيضًا.

(٣) سقط في أ، ص.

(٤) قوله: ولو كان بينهما عبدان قيمة أحدهما مائة والآخر مائتين، وأراد أحدهما القسمة بأن يجعل الخسيس وربع النفيس بينهما، فقد حكى الفوراني وصاحب البحر فيه قولين، وحكى الرافعي فيها طريقة جازمة بالإجبار، انتهى كلامه.
وما عزاه هنا إلى حكاية الرافعي في هذه الطريقة غلط، بل الذي حكاه الرافعي إنما هو العكس، وهو القطع بعدم الإجبار وتبعه عليه في الروضة أيضًا. [أ و].

(٥) سقط في ع.

فوقه من الهواء، فإذا أعطي هذا سفلًا لا هواء له، وهذا علوًّا لا سفل له- فقد أعطي كل واحد منهما على غير أصل ما يملك الناس؛ أي: ووضع القسمة التمييز.

ولأن العلو والسفل بمنزلة الدارين، وقد تقدم أنه لا يجبر على قسمتهما بحيث ينفرد كل واحد منهما بدار؛ فكذلك هنا.

ولأن العلو تبع للسفل[١]؛ بدليل أنه إذا بيع له السفل والعلو تثبت الشفعة فيهما، وإذا بيع العلو وحده، لم تثبت فيه، وفي هذه الصورة[٢] جعل التابع متبوعًا، وذلك يجوز.

نعم، لو تراضيا على هذه القسمة جاز، ولو طلب أحدهما أن يقسم العلو والسفل نصفين، وكان ينقسم، أجبر الآخر؛ لأن البناء في الأرض بمنزلة الغراس فيها.

ولو طلب أن يقسم العلو في دفعة، والسفل في دفعة أخرى - فلا يجبر الآخر؛ لأنه ربما خرج لأحدهما بالإقراع من السفل النصيب الذي حصل على حصة صاحبه من العلو؛ [فالمشاركة][٣] واختلاط الأيدي بعد باقية، والقصد من القسمة إزالة ذلك.

نعم، لو رضيا بذلك جاز؛ قاله أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما.

ومن هاهنا يظهر لك أن أحدهما لو طلب قسمة العلو، وبقاء السفل مشتركًا - لا يجبر الآخر عليه؛ لاحتمال أن يطلب أحدهما قسمة السفل بعد ذلك؛ فيقع المحذور المذكور.

[وعلى هذه الحالة يحمل قول الروياني في «البحر» وغيره في دليل مسألة الكتاب][٤]: ألا ترى أنه لو كان بينهما غرفة، فطلب أحدهما القسمة، لم يجبر الآخر عليها؟!

وفي «الرافعي»: أنه لو طلب أحدهما قسمة السفل، وترك العلو على الإشاعة، لم يجبر الآخر؛ لما ذكرناه من العلة.

والروياني في «البحر» ذكر الحكم، ولم يعلله.

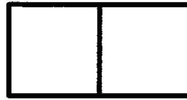
قلت: ولو قيل في هذه الصورة بالإجبار لم يبعد، ونقول: إذا طلب أحدهما بعد ذلك قسمة العلو يقسم - يعني: بلا][٥] قرعة - ويجعل لكل واحد منهما[٦] النصيب الذي هو علو ما حصل له من السفل؛ كما نقول فيما إذا أجبرنا على قسمة

---

(١) في أ، ع: السفلى.
(٢) في أ، ع: القسمة.
(٣) في أ، ع: فيكون المشاركة.
(٤) سقط في ع.
(٥) في أ، ع: من غير.
(٦) في أ، ع: منهم.

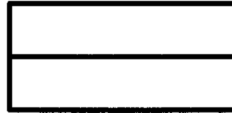
العرصة بين الملكين عرضًا في كمال الطول: إنه[1] لا إقراع فيها، ونجعل لكل واحد ما يلي ملكه من الجوار، ويخالف ما إذا طلب أحدهما قسمة العلو، وترك السفل على الإشاعة؛ حيث قلنا: لا يجبر الآخر، ولم نبد فيه هذا الاحتمال؛ لأنا لو قلنا بهذا ثم، لجعلنا السفل الذي هو أصل تابعًا للعلو الذي هو تابع، وذلك لا يجوز، والله أعلم.

قال: وإن كان بين ملكيهما عرصة حائط، فأراد أحدهما أن تُقْسم؛ فيحصل[2] **لكل واحد منهما نصف الطول في كمال العرض،** أي: على هذا الشكل:



وامتنع الآخر - أجبر عليه؛ لأنه ملك مشترك يمكن انتفاعهما به بعد القسمة من غير ضرر.

قال: وإن أراد أن تقسم عرضًا، فيجعل **لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول** - أي: على الشكل:



وامتنع الآخر - فقد قيل: يجبر؛ لأنه ملك مشترك يمكن كل واحد منهما أن ينتفع بحصته [إذا قسم فأجبر على القسمة - كما في المسألة قبلها، وهذا قول ابن أبي هريرة][3].

وقيل: لا يجبر[4]؛ لامتناع القرعة؛ فإنه ربما خرجت القرعة لكل واحد منهما مما يلي ملك الآخر؛ فلا ينتفع به، وكل قسمة لا تدخلها القرعة، لا يجبر عليها كالتي فيها الرد، وهذا قول أبي إسحاق، وبه جزم في «التهذيب»، و«الكافي».

وقال الرافعي: الصحيح عند[5] العراقيين وغيرهم: الأول، وهو كذلك في «تعليق» البندنيجي، وأبي الطيب، و«المهذب»، وبه جزم في «الوجيز».

---

(١) في ع: لأنه.
(٢) في التنبيه: أن يقسمه طولاً فيجعل.
(٣) سقط في أ، ص.
(٤) في أ: لا يجوز.
(٥) في ع: أن.

وقال ابن الصباغ في كتاب الصلح: إنه ظاهر كلام الشافعي، وأشار بذلك إلى قول الشافعي في «المختصر»: «وقسمته بينهما إن شاءا: إن كان عرصته ذراعًا، أعطيته شبرًا في[١] طول الجدار، ثم قلت له: إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبرًا آخر؛ ليكون لك جدار خالص - ذلك لك».

ويخالف ما فيه رد؛ لأن دخول العوض يجعلها بيعًا، ولا يجبر على البيع.

وقول الشافعي: «ثم قلت له: إن شئت أن تزيد على عرصة دارك أو بيتك شبرًا...» إلى آخره - لم يقله[٢] مشورة- كما عابه من جهل معنى كلامه - وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما [قد][٣] صار إليه، ثم ذكر وجه المنفعة بأن يضم إلى العرصة شبرًا؛ ليصير جدارًا كاملًا.

وعلى هذا القول [فرعان:][٤]

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى القرعة، بل يجعل لكل واحد منهما ما يلي [ملكه][٥] جدارًا مما قاله القائل الثاني، وهذا ما أورده البندنيجي، وابن الصباغ، ووجهه الماوردي: بأن القرعة إنما تدخل في القسمة؛ لتميز ما أشبه الانتفاع به، والأنفع لكل واحد منهما، والأنفع هنا: أن يأخذ كل واحد ما يلي ملكه؛ فلم يكن لدخول القرعة وجه، وإنما نسب بعضهم هذا إلى صاحب «التقريب».

والثاني: لو طلب أحدهما أن يقسم طولًا في [كمال][٦] العرض، وطلب الآخر أن يقسم عرضًا في كمال الطول - لم يجبر واحد منهما، بل يتركان إلى أن يصطلحا؛ كذا قاله ابن يونس، وابن شداد.

وفيما وقفت عليه من «الشامل»: أنها تقسم عرضًا في كمال الطول، ويجعل لكل[٧] واحد مما يلي ملكه، بخلاف ما إذا قلنا: لا يجبر على قسمتها عرضًا في كمال الطول [؛ فإنها تقسم - والحالة هذه - طولًا في كمال العرض.

قال: وإن كان بينهما حائط، أي: وعرصة لهم، فطلب أحدهما أن يقسم عرضًا في كمال الطول][٨]، وامتنع الآخر - لم يجبر، واختلف في تعليله:

---

(١) في ع: من.
(٢) في ع: يقسمه.
(٣) سقط في ع.
(٤) سقط في ص، وبياض في أ.
(٥) سقط في ص، وبياض في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ع: في كل.
(٨) سقط في ص.

فقيل: لأنا لو أجبرنا لأقرعنا، والقرعة ربما تعين الشقص الذي يلي دار زيد لعمرو، وبالعكس؛ فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار له، وهذه علة من منع الإجبار على القسمة عند عدم الإقراع.

وقيل: لأنه لا يتأتى فيه فصل محقق؛ لأن ذلك إتلاف، وغايته رسم خط بين الشقصين ومع ذلك فإذا بنى أحدهما على ما صار له تعدي الثقل والتحامل إلى الشق الآخر؛ فيكون منتفعًا بنصيب شريكه.

وضعف الإمام هذه العلة بأن هذه القسمة جائزة بالتراضي(١)؛ كما سنذكره؛ وذلك يدل على أن رسم الخط كاف في القسمة والمفاصلة.

وعن صاحب «التقريب» وجه: أنه يجاب الطالب، ويجبر الممتنع، لكن [لا](٢) يقرع، بل يخص(٣) كل واحد بما يليه، ولا خلاف في جواز هذه القسمة بالتراضي، لكن كيف يقسم؟ فيه وجهان حكاهما الرافعي:

أحدهما: يعلم بعلامة، وبخط يرسم.

والثاني: يشق، وينشر بالمنشار.

قال القاضي الحسين وغيره، ولو طلبا من الحاكم القسمة بهذا النوع، لم يجبهما إلى [ذلك؛ كما](٤) ذكره العراقيون؛ لأن شق الجدار في الطول إتلاف له وتضييع، ولكنهما يباشران القسمة بأنفسهما إن شاءا؛ كما لو هدماه، واقتسما النقض.

[فإن قلت](٥): لم [لا](٦) خرج جواز القسمة في هذه الحالة على أن القسمة بيع أو إفراز، فإن قلنا: إنها بيع، فينبغي ألا تصح؛ لأن بيع ما(٧) تنقص قيمته بقطعه لا يجوز؟

قلت: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الأصحاب قالوا ثم: إن المانع من صحة البيع عدم القدرة على التسليم، إلا بتنقيص غير المبيع، ولا شيء غير المبيع تنقصه هذه القسمة هنا.

الثاني: أن القسمة إنما تقع بعد التمييز بالسبق ونحوه، فلم تكن القسمة إذا وقعت مقتضية للتنقيص.

---

(١) في ع: الرضا.
(٢) سقط في ع.
(٣) في ع: يختص.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ، ص.
(٧) في أ: لا.

ووزان ذلك: أن يقطع ذارعًا من ثوب تنقص قيمته بالقطع، ثم يبيعه؛ فإنه يصح وجهًا واحدًا.

على أن صاحب «الحلية» جزم القول بمنع قسمته عرضًا في كمال الطول بالتراضي -أيضًا- من غير بناء على أن القسمة بيع أو إفراز، ووجهه بأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه؛ لأنه إن أراد هدمه(١) لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه [أو شيء منه، وإن أراد وضع شيء عليه وقع الثقل على ما لشريكه](٢) فأضر به.

ثم قال: لو تراضيا بهدمه في الحال واقتسام آلته، جاز، والمنع من قسمته بناء قائمًا وتحديد ما لكل واحد منهما متصلًا(٣).

وقد سلك الفوراني في حالة التراضي طريقًا آخر، فقال: إن اقتسماه بالقرعة، لم يجز(٤)، وإن لم يكن بالقرعة فعلى وجهين.

قلت: وهذا منه(٥) يدل على أنهما إذا تقاسما بأنفسهما تلزم القسمة بنفس إخراج القرعة؛ كما ذكره الشيخ من قبل.

قال: وإن طلب أحدهما [أن يقسم](٦) **طولا في كمال العرض، وامتنع الآخر - فقد [قيل](٧): لا يجبر**؛ لما ذكرناه من علة القول الثاني في مسألة **العرصة**؛ كذا قاله ابن الصباغ.

ووجهه الماوردي بأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار إليه إلا بهدم شيء من نصيب صاحبه؛ فصارت ضررًا عليهما؛ وهذا [هو](٨) ظاهر قول أبي إسحاق، وبه جزم في «الوجيز».

وقال الرافعي: إنه أشبه الوجهين، والنواوي والمستظهري قالا: إنه أصحهما.

وقيل: يجبر، [وهو الأصح](٩)، وكذا قال في «المهذب» تبعًا للبندنيجي،

---

(١) في أ: هدّه.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: منفصلًا.
(٤) في ع: يجبر.
(٥) زاد في ع: قد.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) في التنبيه: والأول أصح.

وتبعهما مجلي؛ لإمكان قسمته على وجه ينتفعان به، والضرر فيه يسير؛ فأشبه العرصة، وهذا قول ابن أبي هريرة.

وعلى هذا: إن كان القطع يضر بالحائط، لم يقطع، بل يجعل بينهما علامة.

وإن كان القطع لا يضر به، قطع بمنشار إن كان بالطين واللبن؛ كالثوب إذا كان قطعه لا يضر.

ولا خلاف في جواز هذه القسمة بالتراضي؛ صرح به الماوردي وغيره.

أما إذا لم يكن لهما إلا حائط دون العرصة؛ كما إذا كانت أرضه محتكرة، ففي «الحاوي»: أنه لا يجوز قسمته جبرًا؛ لأن البناء لا يعلم ما فيه - ليتساويا في الاقتسام به - إلا بعد هدمه، وفي هدمه ضرر؛ فلم يدخله إجبار، فإن اصطلحا عليه جاز.

قال: وإن كان بين رجلين منافع، أي: كعين لا تقبل القسمة: كالعبد، والدابة، والدار اللطيفة؛ أو تقبلها كما في الدار الفيحاء ذات البيوت والأرض، ولكنها مستأجرة لهما، أو موصى لهما بمنافعها.

قال: وأرادا[(١)] **قسمتها بينهما بالمهايأة** - أي: بأن تجعل العين في يد أحدهما يومًا، أو أسبوعًا، أو شهرًا، أو سنة، ثم في يد الآخر مثل [تلك المدة][(٢)] - جاز؛ لأن المنافع كالأعيان، وقد رضي المتأخر منهما بتأخير حقه؛ فلا يعترض[(٣)] عليه، وهذا بخلاف ما لو كان بينهما بقرة حلوب، فأرادا المهايأة في لبنها، لم يجز؛ لأن اللبن ربوي، وهو مجهول؛ قاله القاضي الحسين والبغوي، وهذه القسمة يجوز أن يعين فيها من يستوفي المنافع أولًا، ويجوز ألا يعين ويقرع بينهما[(٤)]؛ كما ذكر[(٥)] في «التهذيب»[(٦)].

وإذا تهايآ فالنفقة المعتادة على العين إذا احتيج إليها كالنفقة على البهيمة، والعبد على مستوفي المنفعة في مدته؛ قاله في «المهذب»، و«التهذيب»، وغيرهما.

والمؤن النادرة: كزكاة الفطر، والفصد، والحجامة -على من تكون؟ حكمها حكم الأكساب النادرة: كالوصية، والهبة، ووجدان الركاز في زمن المهايأة، ولمن تكون؟ فيها قولان:

---

(١) في التنبيه: فأراد.
(٢) في ص: ذلك.
(٣) في ص: معترض.
(٤) في ص: بينها.
(٥) في ع: ذكره.
(٦) زاد في ع: وغيرهما.

أحدهما: لمن وقعت في نوبته، وهو الأصح في «الكافي»، والأظهر في «الرافعي»؛ فعلى هذا تكون المؤن النادرة عليه.

والثاني - وهو المختار في «المرشد»-: تكون بينهما؛ وعلى هذا لا تحسب المدة التي اكتسب فيها ذلك من مدة من هو في يده؛ كما نقله ابن شداد عن «البيان»، وتكون المؤن النادرة عليهما.

قلت: وكذلك المعتادة في زمن تحصيل ذلك، والله أعلم. وقد تقدم ذكر القولين في باب اللقطة.

قال الرافعي هاهنا: وينبغي أن ينظر في الكسوة إلى قدر النوبة حتى تبقى على الاشتراك إن جرت المهايأة مياومة.

فرع: إذا استوفى أحدهما نوبته، ورجع عن المهايأة، فقد أطلق القاضي الحسين هاهنا القول بأنه لا ينفعه الرجوع حتى لو اتفقا على المهايأة، لزمت؛ لأنها نوع قسمة، والقسمة تلزم بالتراضي.

وجزم في «الذخائر» بجواز الرجوع بعد التراضي بها، وحكى وجهين في جواز رجوعه بعد استيفاء نوبته.

والرافعي جزم بجواز الرجوع في أثناء نوبته، وحكى الوجهين في الجواز بعد استيفائها، وهما في «النهاية»[١] مفرعان على القول بعدم الإجبار على المهايأة ابتداء؛ كما هو المذهب، وقال: إن أقيسهما جواز الرجوع. وقد بناهما البغوي هاهنا، وكذا القاضي الحسين في كتاب الصلح -كما أظنه- على أن أحدهما لو امتنع منها ابتداء، هل يجبر عليها أم لا؟ وفيه خلاف سنذكره. فإن قلنا: لا يجبر، كان له أن يرجع، ويغرم نصف أجرة مثل ما استوفاه، وإلا فلا يرجع، ويستوفي الآخر مدته.

وقضية هذا البناء: ألا يفرق بين ما قبل الاستيفاء وما بعده.

وقد بنى البغوي على الخلاف -أيضًا- ما إذا جاءت النوبة لأحدهما، فامتنع من استيفائها، فإن قلنا بالإجبار فلا شيء على الآخر؛ لأنه المضيع لحقه، وإلا كان له الامتناع، وطلب نصف أجرة المثل.

قلت: وينبغي أن يجب عليه نصف المؤنة.

قال: وإن أراد أحدهما ذلك، وامتنع الآخر، لم يجبر الممتنع؛ لأن حق كل

---

(١) في ع: المهايأة.

واحد منهما معجل؛ فلا يجبر على تأخيره بالمهايأة؛ وهذه العلة شاملة لكون الأصل في ملكهما وكونه في غير ملكهما.

وعلل ابن الصباغ المنع في حالة كون الأصل [في][1] ملكهما وكونه في غير ملكهما: بأنه إذا كان الأصل مشاعًا فالمنفعة[2] تابعة، ولا يصح أن ينفرد ببعض المنفعة مع الاشتراك في الأصل إلا على سبيل المعاوضة، وهي غير واجبة.

وعلله القاضي الحسين في «فتاويه» في كتاب الإجارة، في[3] حالة عدم ملكهما الأصل بعلة أخرى مع العلة الأولى، وهي أن الرقبة ليست مملوكة لهما.

قال في «المهذب»: ومن أصحابنا من قال: إنه يجبر على المهايأة كما يجبر على قسمة الأعيان.

وقد حكى القاضي الحسين والإمام ذلك عن ابن سريج؛ وعلى هذا فالمبدوء به من خرجت له القرعة.

قال الرافعي: ويجوز أن يكون الحكم في قدر النوبة كذلك.

والصحيح المنصوص عليه: الأول، وبه جزم ابن الصباغ، ثم قال: ويخالف قسمة الأصل؛ لأنه إفراز للنصيبين، وتمييز للحقين.

والشيخ فرق بأنه ليس في قسمة الأصل تأخير واحد منهما عن حقه، بخلاف ما نحن فيه.

وقد يظهر من الفرقين تخريج خلاف فيما لو كانت الدار المستأجرة لهما - أو الموصى لهما بمنفعتها، وقد تنازعا في المهايأة - ذات بيتين متساويين في الصورة والمنفعة، فأراد أحدهما أن يكون له منفعة [هذا][4] البيت الآخر [والآخر منفعة البيت الآخر][5]، وامتنع شريكه:

فإنا إذا نظرنا إلى ما علل به ابن الصباغ [المنع][6] في المسألة السابقة، وجدناه موجودًا في هذه الصورة مع قيام الفرق الذي ذكره أيضًا، وقضيته: عدم الإجبار هنا، وهو ما اختاره في «المرشد».

وإن نظرنا إلى ما علل به الشيخ، وجدناه مفقودًا فيها مع انعدام الفرق الذي أبداه، وقضية ذلك: الإجبار؛ كالأعيان.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ع: والأصل.
(٣) في أ، ص: وفي.
(٤) سقط في أ، ص.
(٥) سقط في أ، ص.
(٦) سقط في ع.

وقد صرح القاضي الحسين في «فتاويه» بحكاية وجهين في هذه الصورة، وهي[١] ما إذا استأجر أرضًا للزراعة، وأراد المهايأة فيها بأن يكون لكل واحد قطعة منها، وهي مستوية؛ بناء على أن مأخذ [المنع السابق][٢] تأخير حق الأحق، وكون الرقبة ليست مملوكة لهما، فإن قلنا بالأول أجبرنا هنا، وإلا فلا.

فإن قيل[٣]: قضية كلامه الجزم بالإجبار في مثل هذه الصورة إذا كانت الدار أو[٤] الأرض لهما.

قلت: قد قدمت أن محل الكلام في الإجبار على المهايأة إذا كانت الدار لا تقبل القسمة؛ كما صوره البغوي، والغزالي، وصاحب «الكافي»، ومجلي، وأشار إليه القاضي أيضًا، والإمام، أما إذا [كانت][٥] تقبلها، فلا إجبار على المهايأة بحال؛ كما قاله الرافعي، وابن شداد. وإذا[٦] كانت الصورة كما فرضنا فهي قابلة للقسمة؛ فلا إجبار جزمًا، وهو[٧] قضية كلام ابن الصباغ في الصورة الأولى، والله أعلم.

ثم على المذهب الصحيح: إذا دام تنازعهما، وأهملوا الملك[٨]، فماذا يصنع به؟

قال مجلي من أصحابنا: يُتْرَكوا إلى أن يصطلحوا.

وقيل: إنه يباع الثمن.

قال الإمام: وهذا لا أصل له، ولا أعده من المذهب، وإنما هو قول بعض السلف.

وقال في «التهذيب»: المذهب أنه لا يباع عليهما؛ لأنهما مكلفان[٩] مطلقان، بل يؤجر عليهما، وتصرف الأجرة إليهما[١٠]. وهذا ما صححه ابن كج، وصاحب «الكافي»، وبه يحصل في المسألة ثلاثة أوجه.

ولو تركوا التنازع، قال الإمام: تركناهم.

فرع: لو كان بينهما دين وأرادا قسمته، قال في «الحاوي»: إن كان على غريم

---

(١) في ع: وهو.
(٢) في أ، ع: الصورة السابقة.
(٣) في ع: قلت.
(٤) في أ، ص: و.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ع: وإن.
(٧) في ع: وهي.
(٨) في ص: المال.
(٩) في أ، ص: متكلفان.
(١٠) في ع: عليها.

واحد، فقسمته فسخ الشركة فيه، فإذا فسخت انقسم الدين في ذمة الغريم، وصار لكل واحد منهما قدر حقه منه، ويجوز أن ينفرد باقتضائه وقبضه. ولو لم تفسخ الشركة لم يجز لأحدهما أن ينفرد باقتضائه وقبضه منه، و[كان ما](١) يقبضه مشتركًا بينهما إن(٢) قبضه من غير إذن شريكه، وإن أذن له في قبض حصته منه جاز، وكان إذنه فسخًا للشركة.

ولا وجه لمن خرجه على القولين في المكاتب إذا أدى إلى أحد الشريكين مال كتابته بإذن شريكه، أنه على قولين، [و](٣) الفرق بينهما: ثبوت الحجر على المكاتب، وعدمه في الغريم.

والفوراني حكى وجهين في جواز انفراد أحدهما بما أخذ مع الإذن.

فإن كان الدين على جماعة، قال الماوردي: فلا يجبر واحد منهما على انحصار حقه على شخص من الغرماء؛ لأن الغرماء يتفاضلون في الذمة واليسار، وفي جواز قسمته اختيارًا(٤) قولان، أصحهما عند أبي الفرج السرخسي: المنع، وبناهما الماوردي على أن القسمة بيع أو إفراز: فإن قلنا: إفراز، جازت، وإلا فلا؛ إذ بيع الدين بالدين لا يجوز.

وقد حكى الرافعي طريقة قاطعة بالمنع، وهي التي أوردها الفوراني، وصاحب «العدة»، وصححها الرافعي، وقال: إنا إذا قلنا: القسمة بيع، فظاهر، وأما إذا قلنا: إنها إفراز، فإفراز ما في الذمة ممتنع إلا بقبضه.

قال [في](٥) «الحاوي» و«البحر»: وطريق صحتها على قول المنع: أن يحيل كل واحد منهما لأصحابه بحقه على الغريم الذي لم يختره، ويحيله الآخر [بحقه](٦) على الغريم الذي اختاره؛ فيتعين ذلك بالحوالة دون القسمة.

قال: ومتى أراد القاسم أن يقسم عدل السهام: إما بالقيمة إن كانت مختلفة، أي: مثل أن تكون الأرض بين ثلاثةٍ أثلاثًا، وذرعها ستة أَجْرِبة، قيمة جريبٍ منها عشرون؛ لإمكان سقيه بالسَّيح، وقيمة جريبين عشرون؛ لبعدهما عن السقي

---

(١) في ع: إن كان.
(٢) زاد في ع: كان.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ع: إجبارًا.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ص.

بالسيح[(١)]، وقيمة باقيها عشرون؛ لزيادة البعد - فيجعل الجريب الأول سهمًا، والجريب الثاني والثالث سهمًا، والثلاثة الباقية سهمًا؛ لأن ذلك هو العدل، وهذا إذا لم [تمكن][(٢)] التسوية بين الشركاء في الجيد والمتوسط والرديء، كما تقدم.

قال: أو بالأجزاء إن كانت غير مختلفة، أي: مثل أن كانت الأرض متساوية القيمة في مسألتنا؛ فتجعل ثلاثة أجزاء، كل جزء جريبان، وكذا لو كانت منقسمة إلى الرديء، والجيد، والمتوسط، والجيد في أولها، والمتوسط في وسطها، والرديء في آخرها، وإذا قسمت أثلاثًا صار لكل واحد منهم من الجيد والمتوسط والرديء مثل ما صار للآخَرِين؛ فهذه أيضًا تقسم بالأجزاء.

قال: أو بالرد؛ إن كانت القسمة تقتضي الرد، أي: كثلاثة أعبد بين ثلاثة، قيمة واحد منهم أربعمائة، وآخر خمسمائة، وآخر ستمائة - فيجعل الذي قيمته خمسمائة سهمًا، والذي قيمته أربعمائة [مع مائة][(٣)] تؤخذ ممن يقع الذي قيمته ستمائة له[(٤)] سهمًا، والآخر سهمًا[(٥)].

قال الأصحاب: ويعين القاسم: أن هذا الأول، وهذا الثاني، وهذا الثالث، والخيرة إليه؛ [كما][(٦)] صرح به الإمام، وله أن يجعل الابتداء في الأراضي والدور ونحوها من أي جهة شاء.

قال: فإن كانت الأنصباء متساوية: كالأرض بين ثلاثة [أنفس][(٧)] **أثلاثًا، أقرع بينهم.**

[و][(٨)] الأصل في الإقراع: قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يَخْتَصِمُونَ﴾ [آل عمران:٤٤]، وقوله تعالى في يونس ﷺ: ﴿فَسَاهَمَ﴾ [الصافات:١٤١].

قال: فإن [شاء][(٩)] **كتب أسماء المُلَّاك في رقاع متساوية** - أي: يكتب في كل رقعة اسم رجل منهم - وجعلها[(١٠)] **في بنادق** من طين - أي: أو شمع - متساوية؛

---

(١) في أ: بالسح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ: ولو.
(٥) في ص: سهمان.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في ص، ع: ويجعلها.

لأنها لو اختلفت في القدر لكانت البندقة الكبيرة تخرج، وتسبق إلى اليد، وفي ذلك ترجيح لصاحبها.

لكن هذه التسوية من طريق الوجوب، أو الاحتياط؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد، ورأى الإمام الأولى منه الثاني.

قال: ويجعلها[١] **في حجر رجل لم يحضر ذلك**، أي: الكتابة[٢] والبَنْدَقة؛ ليخرج على السهام؛ لأنه إذا فعل ذلك رجع الخروج إلى الوفاق المحض من غير تحيل قصد في الإخراج.

قال الماوردي والإمام وغيرهما: و[٣] توضع البنادق في الحجر مغطاة بعد تجفيفها. وهذا في «تعليق» القاضي أبي الطيب في كتاب العتق معزي[٤] إلى النص.

قال الأصحاب: ويقول القاسم للمخرج: أخرج بندقة [على السهم[٥] الأول][٦]، فإذا أخرجها كسرت، ومن كان اسمه فيها تعين حقه فيه، [ثم يقول له: أخرج بندقة على السهم الثاني، فإذا أخرجها كسرت ومن كان اسمه فيها تعين حقه فيه][٧]، وتعين السهم الثالث للشريك الثالث، ولا يحتاج إلى إخراج البندقة الثالثة.

قال: وإن شاء كتب السهام - أي: في الرقاع - فيكتب في رقعةٍ: السهم الأول، وفي رقعةٍ: السهمَ الثاني، وفي رقعةٍ: السهم الثالث.

قال: ليخرجها على الأسماء، أي: يقال له: أعط كل شخص بندقة، وإذا أعطاه كان له من السهام المكتوبُ[٨] فيها.

وعلى هذا المثال يفعل فيما قل من العدد أو كثر؛ وهذا ما أورده العراقيون، وهو على وجه الاحتياط.

فإن لم يحتط في القرعة بما ذكرناه، واقتصر على أن أقرع بينهم بحصاة أو أقلام - جاز؛ حكى الواقدي أن رسول الله ﷺ «قَسَّمَ غَنَائِمَ بَنِي قُرَيْظَةَ عَلَى خَمْسَةِ أَجْزَاء، وَأَقْرَعَ بِالنَّوَى»[٩].

---

(١) في التنبيه: وجعلها.
(٢) في أ: الكتاب.
(٣) في ع: أو.
(٤) في ص: يعزى.
(٥) في ص: اسم.
(٦) سقط في ع.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ص: المكنون.
(٩) أخرجه الواقدي كما في الحاوي الكبير (١٦/ ٢٥٤).

وقال الماوردي في كتاب العتق: إنه متى أخل بشيء مما نص عليه الشافعي [من][١] الأشياء الخمسة، وهي المذكورة في الكتاب - فقد أساء.

قال: وإن كانت الأنصباء مختلفة، مثل: أن يكون لواحد السدس، وللثاني الثلث، وللثالث النصف - قسمها على أقل الأجزاء، وهي ستة أسهم؛ لاشتمال الأكثر [على الأقل؛ فيمكن إعطاؤه، بخلاف ما لو قسم على الأكثر][٢] من الأجزاء؛ فإنه لا يمكن أن يعطي الأقل[٣].

قال أبو إسحاق المروزي: ولو كان فيهم من له سدس وربع، قسمها على اثني عشر، ولو كان فيهم من له سدس وثمن، قسمها على أربعة وعشرين، فيقسم أبدًا من أقل[٤] ما تخرج منه السهام كلها.

قال الفوراني: ونذكر في مسألتنا: الأول، والثاني، والثالث، والرابع، والخامس، والسادس.

قال: وكتب أسماء الشركاء في ست رقاع: لصاحب السدس رقعة، ولصاحب الثلث رقعتان، ولصاحب النصف ثلاث رقاع، ويخرج على السهام، وإنما فعل ذلك، ولم يقتصر على ثلاث رقاع؛ لأن لصاحب النصف وصاحب الثلث مزية بكثرة المال؛ فكان لهما مزية في كثرة الرقاع؛ فإن في كثرتها فائدة، وهي أن يكون لهما غرض في الأخذ من أول الأرض، فإذا كانت سهامهما أكثر، كان أقرب إلى خروج اسمهما.

قال: فإن خرج اسم صاحب السدس، أعطي السهم الأول، ثم يقرع بين الآخرَيْنِ، فإن خرج اسم صاحب الثلث أعطي السهم الثاني، والثالث - أي: وهو الذي يلي الثاني- بلا قرعة؛ لأنا لو أقرعنا، فلربما خرج اسم صاحب النصف؛ فيستحق الثالث، وذلك يؤدي إلى التفريق بين ما حصل لصاحب الثلث أولًا، وما يحصل له ثانيًا، وذلك ضرر عليه، وكذا على صاحب النصف إن فعل معه مثل ذلك، والقصد بالقسمة إزالة الضرر.

وهذا كما قلنا فيما إذا أراد قسمة العرصة بين الدارين عرضًا في كمال الطول: لا تدخل القرعة، بل يعطي كل واحد ما يلي ملكه.

---

(١) سقط في أ، وفي ع: و.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص: الأول.
(٤) زاد في أ: من.

قال: والباقي[1] **لصاحب النصف** - أي: بلا قرعة- لأنه لم يبق سواه؛ فتعين.

قال: وإن خرج اسم صاحب النصف أولًا، أعطي ثلاثة أسهم - أي: متوالية- لما ذكرناه، ثم يقرع بين الآخرين على نحو ما تقدم، أي: فإن خرج اسم صاحب السدس، أعطي السهم الرابع، [وكان الباقي[2] لصاحب الثلث.

وإن[3] خرج اسم صاحب الثلث، أعطي السهم الرابع][4] والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس.

ولو خرج اسم صاحب الثلث أولًا، أعطي الأول والثاني، ثم يقرع بين الآخَرَيْنِ: فإن خرج اسم صاحب النصف، أعطي الثالث والرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس.

وإن خرج اسم صاحب السدس أعطي الثالث، والباقي لصاحب النصف.

ثم على هذا المثال فيما قل من السهام أو كثر يفعل.

قال: ولا تخرج السهام على الأسماء في هذا القسم؛ لأنه ربما خرج السهم الثاني أو[5] الخامس لصاحب السدس؛ فيقطع نصيب صاحب الثلث، أو النصف؛ فيستضر به.

قال في «المهذب»: ولأنه ربما خرج الرابع لصاحب النصف؛ فيقول: آخذه وسهمين قبله، ويقول الآخران: بل تأخذه وسهمين بعده؛ فيؤدي إلى الاختلاف[6] والخصومة.

وقد ذكر البندنيجي المعنيين.

وهذا ما حكاه الأكثرون، ومنهم القاضي الحسين، والبغوي.

وحكى المراوزة أن الشافعي نص على أنه يكتب أسماء الملاك في الرقاع، ثم يخرج الرقاع على الأجزاء المعينة؛ كما ذكرنا، ونص في كتاب العتق على أن المريض إذا أعتق عبيدًا لا يملك غيرهم، واحتجنا إلى رد العتق إلى الثلث: أنه يكتب في رقعةٍ: الرقَّ، وفي رقعةٍ: الحرية، ولم يذكر كَتْبَهُ أسامي العبيد، وأسامي الورثة، وقياس ذلك فيما نحن فيه: أن يكتب في الرقاع أعيان الأجزاء المعدلة، ثم يخرج

---

(١) في أ: الثاني.
(٢) في أ: الثاني.
(٣) في ص: فإن.
(٤) سقط في ع.
(٥) في أ: و.
(٦) في ع: اختلاف.

على[1] الأسماء، وأن الأصحاب اختلفوا في ذلك:

فمنهم من قال: في المسألتين قولان؛ بالنقل والتخريج.

ومنهم من قال: ليست على قولين، لكنا نقرر النصين، والفرق: أن الحرية [حق لله][2] تعالى، وليست من حقوق العبيد؛ فإنهم لو أسقطوها لم تسقط؛ فكانت كتابة الحرية أولى، والعين المقسومة ملك الشركاء حقيقة فكتبُ أسمائهم أولى.

وفرق الرافعي بما ذكرناه من علة المنع، ثم قال: وهذا الخلاف في الجواز أو[3] الأولوية؟ عبارة كتب شيوخنا تشعر بوضعه في الجواز.

وقال الإمام - وتبعه الغزالي-: إنه في الأولى باتفاق الأصحاب. وهو الأولى، والمحذور الذي أبداه القائلون بعدم جواز إخراج الأجزاء على الأسماء مندفع: أما ما ذكره في «المهذب»؛ فلأنه يجوز أن يقال: لا يبالي برأي الشركاء، بل يتبع نظر القاسم، كما في الجزء المبدوء به، واسم[4] الشريك المبدوء به.

وما ذكره غيره؛ فلأنه إنما يلزم إذا أخرج أولًا اسم صاحب السدس، وهو في غنية عنه - بأن يبدأ باسم صاحب النصف: فإن خرج الأول باسمه، فله الأول والثاني والثالث، وإن خرج الثاني فكذلك؛ فيعطى مع الثاني ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث، ففي «شرح مختصر الجويني»: أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج[5] الأول، فله الأول والثاني، ولصاحب النصف الثالث واللذان بعده؛ وكذا لو خرج الثاني. وإن خرج الخامس، فله الخامس والسادس؛ ثم العمل هكذا. ولم يستوعب باقي الاحتمالات.

قال: وكان يجوز أن يقال: إذا خرج لصاحب النصف الثالث، فله الثالث واللذان قبله، وإن خرج الرابع فله الرابع واللذان قبله، ويتعين الأول لصاحب السدس، وإن خرج الخامس فله الخامس واللذان[6] قبله[7]، ويتعين السادس لصاحب السدس، وإن [خرج][8] السادس فله السادس واللذان قبله.

وإذا أخذ زيدٌ حقه، ولم يتعين حق الآخرين يخرج رقعة أخرى باسم [أحد][9]

---

(١) في ع: إلى.
(٢) في ص: حق الله.
(٣) في أ: و.
(٤) في ع: واستمر.
(٥) زاد في ع: من.
(٦) زاد في ع: من.
(٧) في أ: قبلهم.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ع.

الآخرين؛ فلا يقع تفريق.

على أنه يمكن أن يقال: يبدأ باسم صاحب السدس، فإن خرج باسمه الأول والثاني دفع الأول إليه، وإن خرج الخامس و[1] السادس، دفع السادس إليه، ثم يخرج باسم أحد الآخرين؛ فلا يقع تفريق.

وإن خرج له الثالث، دفع إليه، وتعين [الأول والثاني][2] لصاحب الثلث، والثلاثة الأخيرة[3] لصاحب النصف.

[وإن خرج له الرابع، دفع إليه، وتعين الخامس والسادس لصاحب الثلث، والثلاثة الأولى لصاحب النصف][4].

ويمكن أن [يقال: يبدأ][5] باسم صاحب الثلث، فإن خرج له الأول أو الثاني، دفع إليه ذلك، وإن خرج الخامس والسادس دفعا إليه، ثم يخرج باسم أحد الآخرين: فإن خرج الثالث، فله الثالث والثاني، ويتعين[6] الأول لصاحب السدس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف. وإن خرج الرابع فله الرابع والخامس، ويتعين[7] السادس لصاحب السدس، والثلاثة الأولى لصاحب النصف.

والذي حكاه صاحب «البحر»: أن من أصحابنا من خرج من المسألة هاهنا إلى مسألة العتق قولًا، وجعل[8] فيها قولين بالنقل والتخريج. ومنهم من فرق بأنه لو كتب أسماء الأجزاء ربما يؤدي إلى تفريق ملك واحد؛ فلا يجوز إلا أن يكتب أسماء المستحقين، وفي العتق يجوز كلاهما؛ لأنه لا يوجد هذا المعنى. وكأنه [أراد -والله أعلم-][9] الفوراني؛ لأنه هكذا قال.

[قال][10]: وقيل: يقتصر على ثلاث رقاع لكل واحد رقعة - أي[11]: يكتب فيها اسمه، وتكون السهام ستة؛ لأن صاحب النصف، وصاحب الثلث إنما يأخذ بالرقعة[12] جزءًا واحدًا، ثم يأخذ ما يليه إلى تمام حقه؛ فلا فائدة في كتب ما زاد

(١) في ص: أو.
(٢) في ص: الخامس والسادس.
(٣) في ص: الأول.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ع: يبتداء، وفي أ: يبدأ.
(٦) في أ: ويعين.
(٧) في أ: وبعين.
(٨) في أ: يجعل.
(٩) في ص: والله أعلم أراد.
(١٠) سقط في ص.
(١١) زاد في ع: و.
(١٢) في ع: بالقرعة.

عليه؛ وهذا ما اقتضى إيراد ابن الصباغ وكذا القاضي [أبي][1] الطيب ترجيحه.

وحكي أن ابن أبي هريرة قال: إنه لا فائدة في كتب ست رقاع إلا سرعة خروج اسم صاحب الأكثر، ولا غرض في سرعة خروج اسمه.

وقال في «البحر»: إنه ظاهر كلام الشافعي.

وقال في «الوسيط»: إنه الصحيح. [وهو في ذلك متبع لصاحب «التقريب»؛ فإن الإمام حكى عنه [أنه قال][2]: إنه الصحيح][3]، ولا معنى لرعاية غرضه في طرف الدار؛ إذ ليس هو بالطرف أولى من صاحب السدس، ولو كان أولى بالطرف؛ لكثرة نصيبه، لكان أولى بما يعينه من غير قرعة؛ وعلى هذا: إن خرج اسم صاحب النصف أولًا تعين حقه في السهم الأول والثاني والثالث، ثم يقرع بين الآخرين، فإن خرج اسم صاحب الثلث تعين حقه في الرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السدس، وباقي الأقسام يعرف حكمها مما[4] تقدم.

ولا يجوز أن يخرج السهام على الأجزاء في هذه القسمة -أيضًا- على هذا القول.

قال القاضي [أبو][5] الطيب، وابن الصباغ: لأنا إذا قلنا له: أخرج على صاحب السدس، فربما خرجت رقعة[6] النصف أو رقعة الثلث؛ فلا يكون لذلك فائدة.

والصحيح عند العراقيين -كما حكاه الإمام عنهم-: الأول، [و][7] هو الذي أورده الماوردي، وقال البندنيجي وغيره: إنه المنصوص، وعليه أكثر أصحابنا.

وفي «البحر» نسبه[8] إلى أبي إسحاق، ثم قال: وقد قيل: إنه المذهب؛ لما ذكرناه من الفائدة. وكأنه -والله أعلم- يشير إلى القاضي الحسين؛ فإن هذه عبارته في «تعليقه».

ثم هذا الخلاف في الأولى، حتى إذا وقعت القسمة على أي وجه [كان صحت][9]، أو في الوجوب حتى إذا وقعت [القسمة][10] موافقة لقول أحد القائلين، كانت جائزة عنده صحيحة، وغير جائزة عند مخالفه غير صحيحة؟

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ع: كما.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: قرعة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ص: نسبته.
(٩) في أ: كانت.
(١٠) سقط في أ.

قال الإمام: الذي استبَنْتُ[(١)] من كلام الأئمة [بعد التأمل][(٢)]: الأول، [وقد][(٣)] رأيت في كلام الشيخ أبي علي ما يدل على الثاني، وحكى [في كتاب][(٤)] العتق ما يؤيده؛ فإنه قال فيما إذا أعتق المريض ثلاثة أعبد، لا مال له غيرهم، وهم متساوون في القيمة، وقلنا: يكتب في الرقاع الحرية والرق-: إن الأصحاب قالوا: الرق ضعف الحرية؛ فيجب أن تكون الرقاع على [هذه النسبة؛ فيكتب للحرية رقعة، وللرق رقعتين؛ لتكون الرقاع على][(٥)] نسبة المطلوب في القلة والكثرة؛ فإن ما يكثر فهو حري أن يسبق إلى اليد.

وفي كلام الأصحاب ما يدل على استحقاق ذلك.

ومنهم من يقول: هذا استصواب، وإلا فيكفي رقعة للحرية، وأخرى للرق.

فرع: إذا اقتسما ملكًا، ولم يكن لواحد منهما طريق يختص به - أخرجا طريقين من ملكهما، والعبرة في سعته عندنا بما تدعو إليه الحاجة في الدخول والخروج على ما جرت به العادة.

قال: **وإذا تقاسموا، ثم ادعى بعضهم على بعض غلطًا** - أي: وعين قدره - **فإن كان فيما تقاسموا بأنفسهم، لم تقبل[(٦)] دعواه**، أي: سواء كانت هذه القسمة مما يدخلها الإجبار، أو لا يدخلها: كقسمة الرد؛ كما صرح به البندنيجي؛ لأنه رضي بأخذ حقه ناقصًا، فهو كما لو اشترى شيئًا يحسبه بثمن المثل، فتبين أنه بأكثر منه وقد غُبِنَ؛ كذا علله العراقيون، وحكاه الإمام عنهم.

ووجهه في «البحر» بأن[(٧)] في دعواه تكذيبًا لنفسه؛ فلم تسمع، ومقتضى التعليل الأول: أن الغرماء لو اعترفوا بالغلط، لم يفده اعترافهم شيئًا، [وبه صرح][(٨)] في «الوسيط» عن العراقيين.

وفي «الحاوي» الجزم بأنهم إذا اعترفوا بالغلط، نقضت القسمة، واستؤنفت على الصحة، وهو مقتضى التعليل الثاني كما قلنا مثله في مسألة المرابحة؛ ولهذا قال في «البحر»: إن بعض أصحابنا بخراسان[(٩)] قال: لو قال المدعي في هذه الصورة: إن

---

(١) في أ: استثبت.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ع.
(٥) سقط في ع.
(٦) في التنبيه: يقبل.
(٧) في أ: فإن.
(٨) في ع: وقد صرح به.
(٩) في أ: الخراسانيين.

شركاءه يعلمون بالغلط، [يلزمهم اليمين على نفي العلم.

ومقتضى التعليلين: أنه لو أقام بينة بالغلط](١) لم تقبل، وقد صرح به في «المهذب»، ووجهه: بأنه يجوز أن يكون قد رضي بدون حقه.

والغزالي في «الوجيز» بنى ذلك على أن القسمة بيع، أو إفراز؟ فإن قلنا: إنها بيع، وجرى لفظ تملك(٢)، فلا ينفعه الغلط، وهو كالغبن لا يوجب النقض، وفيه: وجه أنه ينقض. وإن قلنا: إنها إفراز؛ فتتوجه اليمين، وتنقض(٣) عند قيام البينة.

وهذا أخذه من كلام الإمام في صحة القسمة في حال علم الشركاء في الابتداء بالتفاوت في المقسوم؛ فإنه قال فيها: الذي يقتضيه كلام الأصحاب صحة هذا، وفيه غائلة.

والوجه أن نقول: إن قلنا: [إن](٤) القسمة إفراز، فلا تصح القسمة إلَّا مع التعديل، وإن قلنا: إنها بيع، فإذ ذاك يجوز أن تلزم بالرضا مع العلم.

ثم يتضح عندي اشتراط لفظ البيع [هاهنا، [فإنا:](٥) إنما نقيم لفظ «القسمة» مقام لفظ «البيع»](٦) إذا جرت حقيقة القسمة، وحقيقتها التعادل، وهذا(٧) لطيف حسن.

قال: وإن قسمه قاسم من جهة الحاكم، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه [أي:](٨) إنه لا فضل معه، أو: لا يستحق عليه ما ادعاه، ولا شيئًا منه؛ لأن الظاهر صحة القسمة، وأداء الأمانة؛ كما أن الظاهر في حكم الحاكم جريانه على الصحة.

قال: وعلى المدعي البينه، أي: إن أراد إثبات الغلط، كما إذا ادعى أن الحاكم غلط عليه في الحكم، وأراد إثباته -فإن عليه البينة بذلك، فإن أتى بعدلين من أهل المعرفة بالقسمة، شهدا بالغلط بعد المساحة، نقضت القسمة.

قال في «البحر»: لأن ذلك ليس بأكثر من الحكم، ولو قامت البينة أن الحاكم غلط في الحكم، نقض؛ كذلك هاهنا.

وقد ألحق أبو الفرج السرخسي بقيام البينة بالغلط ما إذا عرف أنه يستحق ألف

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، ص: مملك.
(٣) في أ: وتنتقض.
(٤) سقط في أ، ع.
(٥) في ص: فإن قلنا.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ص: فهذا.
(٨) سقط في ص.

ذراع، ومسح ما أخذه فإذا هو تسعمائة[1].

وعن كتاب ابن كج: أن أبا الحسين ذكر [أن][2] ابن أبي هريرة حكى قولًا أن على الشريك البينة على القسمة الجارية عادلةً، وأن مدعي الغلط لا يحتاج إلى البينة، وأن أبا إسحاق فصل فقال: إن كان يدعي الغلط؛ لأن القاسم الذي قسم لا يحسن القسمة، ولا يعرف المساحة والحساب - فالأصل ما يقوله؛ فعلى صاحبه البينة.

فرع: إذا لم يكن للمدعي بينة، وطلب يمين الشركاء، فامتنعوا من اليمين- حلف المدعي، ونقضت القسمة.

وإن حلف البعض[3]، ونكل البعض، فحلف المدعي - قال في «الحاوي»: بطلت القسمة في حق الناكل، وأمضيت في حق من حلف.

وحكى الإمام أن صاحب «التقريب» قال في هذه الحالة: إنا إذا قلنا: يمين الرد كالبينة، فقد قال بعض أصحابنا[4] بنقض القسمة في حق الكل: من حلف، ومن نكل؛ كما لو أقام بينة. وهذا سخيف، لا أصل له؛ فإن يمين الرد [تكون كالبينة في حق الناكل فحسب، فأما من حلف، قد رد يمين الرد][5] عن نفسه.

ولو ادعى على القاسم بأنه غلط في القسمة؛ ليرجع عليه بالأجرة، فدعواه غير مسموعة، إلا أن تكون له بينة، فإنه ليس له تحليفه؛ فإنه حاكم أو شاهد، وكل منهما لا يحلف.

نعم، [قد][6] يظهر أن يجيء [فيه][7] ما ذكرناه عن القاضي فيما إذا ادعى الخصم على القاضي: أنه حكم له بكذا في زمن ولايته؛ بناء على أن اليمين مع النكول كالإقرار؛ فإنه لو أقر بالغلط في القسمة، كان في الغرم كما لو قامت البينة بغلطه؛ كما صرح به القاضي الحسين [هنا][8]، وتبعه صاحب «التهذيب»، و«الكافي» فيه، [و][9] قالا: إنه لا يقبل قوله بالنسبة إلى نقض القسمة؛ كما لا يقبل قول القاضي: إني

---

(١) في أ: بسبعمائة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص، ع: بعضهم.
(٤) في ص: الأصحاب.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في ع.

غلطت، أو تعمدت الظلم في نقض الحكم، إذا كذبه المحكوم له.

قال: وإن نصبا من يقسم بينهما[١]، أي: حكمًا، فإن قلنا: يعتبر التراضي بعد خروج القرعة، أي: ورضوا بها - لم يقبل قوله، أي: دعواه؛ لأنه رضي بأخذ حقه ناقصًا؛ فكان كما لو تقاسما[٢] بأنفسهما.

قال الإمام: وهذا لا يجب أن يكون مقطوعًا به؛ فإن الرضا كان على تقدير التعديل والاستواء، فإذا ظهر خلاف ذلك، ظهر الحكم بإفساد القسمة[٣] فكأن الرضا مقيد[٤] بشرط الاعتدال، وهذا كتقديرنا البيع بشرط السلامة. قال[٥]: وهذا متجه.

أما إذا لم يرضيا بعد خروج القرعة فالقسمة لم تتم؛ فله الرجوع وإن لم يدَّع الغلط.

قال: وإن[٦] **قلنا: لا يعتبر** [التراضي][٧]، **فهو كالحاكم**؛ لوقوع ذلك جبرًا.

قال الإمام: وهذا فيه نظر؛ فإن قاسم القاضي مولى أو شاهد، والذي ينصبه الشركاء ليس في هذا المعنى، والمسألة محتملة.

قلت: المسألة مصورة -كما ذكرنا- فيما إذا نصباه[٨] حكمًا، وقلنا: إن التحكيم صحيح، وإن حكمه يلزم بنفسه، وإذا كان كذلك، فهو كقاسم الحاكم.

نعم، ما ذكره كان يتجه أن لو كان الخلاف فيما إذا نصباه وكيلًا، وليس في هذه الحالة عندهم خلاف[٩] في اعتبار التراضي بعد خروج القرعة؛ ولهذا قال القاضي أبو الطيب: إنه لا تسمع الدعوى جزمًا؛ كما لو تقاسما بأنفسهما. وأشار إلى ذلك ابن الصباغ أيضًا.

قال: وإن كان[١٠] **فيها رد**، أي: وقد [قسمها][١١] قاسم الحاكم، وقلنا: **يعتبر التراضي بعد خروج القرعة - لم يقبل قوله**[١٢]، أي: [في][١٣] دعواه.

---

(١) في ع: لهما.
(٢) في أ: تقاسموا.
(٣) في أ: القيمة.
(٤) زاد في ع: له.
(٥) في أ: وقال.
(٦) في ع: فإن.
(٧) سقط في التنبيه.
(٨) في ع: نصبا.
(٩) في أ: اختلاف.
(١٠) زاد في التنبيه: في قسمة.
(١١) سقط في ص.
(١٢) في التنبيه: دعواه.
(١٣) سقط في أ، ع.

وإن[1] **قلنا: لا يعتبر فهو كقسمة الحاكم**، أي: التي لا رد فيها، وقد سبق بيانه.

فرع: لو تنازعا في بيت من دار اقتسماها، فادعى كل واحد منهما: أنه وقع [له][2] في سهمه، ولا بينة - تحالفا، ونقضت القسمة كما في المتبايعين؛ كذا قاله في «المهذب»، و«الحاوي».

والتنازع المذكور يفرض فيما إذا ادعى كل واحد منهما: أن البيت ما دخل في حد الآخر؛ بأن حده ينتهي بدونه؛ كما صوره في «البحر»، وقال: إن ما ذكرناه من الحكم منصوص عليه. ثم حكى أن أحدهما لو قال لصاحبه: حدي ينتهي إلى الموضع الفلاني، وأنت غصبته، وأضفته إلى حصتك - فالقول قول من هو في يده؛ لأنه اعترف له باليد، وادعى الغصب.

[فرع][3] آخر: إذا تناكر الشركاء[4]، فادعى أحدهم القسمة، وأنكرها الباقون - فإن لم تكن متعلقة بقاسم من جهة الحاكم، قال الإمام: فالقول قول الباقي[5]، وإن تعلقت بقاسم القاضي فالرجوع إليه؛ فإنه حاكم، أو شاهد.

قال: وإن تقاسما[6]، **ثم استحق من حصة أحدهما شيء معين لم يستحق مثله من حصة الآخر - بطلت القسمة**؛ لأن لمن أخذ ذلك من نصيبه أن يرجع في شيء من سهم شريكه؛ فتعود الإشاعة، ويفوت مقصود القسمة.

ويندرج فيما قاله الشيخ ما إذا تقاسم الورثة التركة، ثم بان أن مورثهم أوصى بعين منها، وهي تخرج من الثلث، وقد صرح به القاضي الحسين وغيره.

قال: وإن استحق مثله من حصة الآخر - أي: بأن استحق قطعة أرض في نصيب كل واحد منهما بقدر حصته - **لم تبطل** [القسمة][7]؛ لأن ما بقي لكل واحد منهما بعد الاستحقاق قدر حقه، فلم يؤدِّ إلى الإشاعة؛ وهذا ما حكاه البغوي، وصاحب «الكافي» أيضًا.

وقال الإمام: إنه حسن متجه، لكن[8] في بعض الطرق ما يدل على بطلان القسمة في البقية؛ فإن القسمة لم تنشأ على البقية أولًا، وقد تغير وصفها بالاستحقاق؛ فلا

---

(١) في أ: فإن.
(٢) سقط في أ، ع.
(٣) سقط في أ، ع.
(٤) في ص: الشريكان.
(٥) في أ: الثاني.
(٦) في التنبيه: تقاسموا.
(٧) سقط في ص.
(٨) في ع: ممكن.

يمتنع الحكم ببطلانها، وهذا نازع إلى تفريق الصفقة.

ولو استحق من حصة أحدهما شيء، ومن حصة الآخر دونه، أو فوقه - بطلت أيضًا؛ صرح به العراقيون والمراوزة.

قال: وإن استحق من الجميع جزء مشاع، أي: مثل أن اقتسما الأرض نصفين، فخرج الثلث من الأرض مستحقًّا.

قال: بطلت القسمة؛ لأن صاحب الجزء المستحق كان نصيبه مشاعًا في ملك كل واحد منهما، يقدر على إجارته مجتمعا بالقسمة؛ فلم يجز أن يجعل في ملكين لا يقدر على جمعه بالقسمة، وصار هذا كأرض بين ثلاثة غاب أحدهم، فاقتسمها الحاضران على أن حصة الغائب مشاعة في سهم كل واحد منهما - كانت القسمة باطلة في الجميع، كذا حكاه الماوردي [وابن الصباغ، وقال القاضي أبو الطيب: [لا تبطل قولًا واحدًا][(٢)].

ولا فرق في ذلك بين أن نقول: إن القسمة بيع أو إفراز؛ كما قال[(٣)] الماوردي][(٤)]، وهذه طريقة أبي إسحاق، وهي الصحيحة في «البحر»، والمختارة في «المرشد»، وبها أجاب الروياني في «الحلية»، وقال البندنيجي: إنها المذهب.

وقيل: تبطل في المستحق، وفي الباقي قولا[(٥)] تفريقِ الصفقة، وهذه [طريقة][(٦)] ابن أبي هريرة، وهي الصحيحة عند النواوي.

وقال الرافعي: إنها التي أخذ بها أكثرهم، ولم يحك في «الوسيط»، والإمامُ عن العراقيين سواها.

وصحح في «الوسيط» قول الصحة؛ بناء على قاعدته في تفريق الصفقة.

قال: وإن تقاسم الورثة التركة، ثم ظهر دين محيط[(٧)] **بالتركة** - أي: إما ببينة، أو بإقرارهم[(٨)]؛ كما قاله الماوردي - فإن قلنا: القسمة تمييز للحقين، لم تبطل القسمة؛ لأن كل واحد منهما قد ميز ملكه عن ملك صاحبه من غير ضرر لاحق برب [الدين][(٩)]؛ فلم يمنع منه.

---

(١) في ص: بطل.
(٢) في ع: إن ذلك قول واحد.
(٣) في ع: قاله.
(٤) سقط في أ.
(٥) في التنبيه: قولان.
(٦) سقط في أ.
(٧) في التنبيه: يحيط.
(٨) في ع: إقرارهم.
(٩) سقط في أ.

قال: فإن[(١)] **لم يقض الدين** - أي: وصاحبه مطالب به - نقضت[(٢)] **القسمة**، أي: بالبيع؛ لوفاء الدين؛ لأن في عدم نقضها في هذه الحالة إضرارًا برب الدين، وحقه أولى بالرعاية.

قال: وإن قلنا: إنها بيع، ففي بيع التركة قبل قضاء **الدين** قولان:

وجه المنع: أنه تعلق بها حق الغرماء [بالموت][(٣)]؛ فشابهت العين المرهونة.

ووجه الجواز: أنهم لم يحدثوا ولا مورثهم عقدًا يمنعهم من التصرف، بخلاف المرهون.

وقاسه في «التهذيب» على تصرف المريض مع تعلق حق الورثة بها؛ وعلى هذا يقال للبائع: أنت بالخيار بين أن تقضي الدين من عين التركة أو من غيرها، فإن قضيته من غيرها استقر بيعك، وإلا نقض وقضينا الدين من التركة.

وحقيقة هذا القول: أنا نصحح البيع موقوفًا.

وفي «النهاية» في كتاب العتق حكاية وجه ثالث: أن البيع يصح إذا كان البائع موسرًا، ويلزم، ولا سبيل إلى نقضه، وقال: [إن][(٤)] الشيخ أبا علي قال: لو كان البائع معسرًا، لم ينفذ بيعه ألبتة، وإنما محل الخلاف إذا كان موسرًا.

قال الإمام: ويتخرج لنفوذ بيع المعسر وجه حسن إذا قلنا: لا يلزم - من بيع المفلس ماله؛ فإنا قد أجرينا في بيعه قولًا على الوقف؛ فلا مانع من خروجه هاهنا.

وأيضًا: فإن في كلام الشيخ أبي علي أن الثمن مستحق للغرماء، فإن صح هذا، فما وجه الفرق بين أن يكون الوارث [معسرًا أو موسرًا][(٥)]؟! واتجه في تنفيذ بيع المعسر احتمال بيّن لا يتجه مثله في إعتاقه؛ فإنه لا عوض في الإعتاق.

وقد وافق الشيخ ومن تبعه على حكاية الخلاف في هذه الصورة قولين هاهنا، وإن كان قد حكاه في «المهذب»[(٦)] وجهين، كما فعل الإمام في كتاب العتق، [و][(٧)] القاضي أبو الطيب، والماوردي، والبندنيجي، وقالوا في تأسيس ذلك: كل حق إذا تعلق بعين ماله، نظرت: فإن [كان][(٨)] قد تعلق باختياره: كالرهن، فالبيع باطل قولًا

---

(١) في ع: وإن.
(٢) في التنبيه: بطلت.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ص: موسرًا أو معسرًا.
(٦) في ع: التهذيب.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في أ.

واحدًا، وإن كان بغير اختياره: كأرش الجناية، ووجوب الزكاة فيه، ومثل مسألة الميت إذا كان عليه دين - فالكل على قولين.

وقضية هذا أمران:

أحدهما: أن القولين[١] في بيع التركة كالقولين في بيع العبد الجاني خطأ؛ وقد صرح بذلك الإمام عن شيخه في «فروع» ابن الحداد في كتاب العتق، وحكاه الغزالي في كتاب الرهن طريقة [قاطعة][٢] مع طريقة أخرى: أن تعلق الدين بالتركة كتعلق الرهن؛ نظرًا للميت، [ومبادرة إلى تبرئة ذمته][٣].

وحكيت أنا الطريقين [و][٤] الصحيح منهما في أول كتاب الفرائض.

الثاني: أن القولين مفرعان على القول الصحيح، وهو أن الدين لا يمنع الإرث، أما إذا قلنا: يمنعه؛ فلا يصح قولًا واحدًا، وكذلك صرح به الإمام هاهنا، وقال في كتاب العتق: إن تنزيل التركة منزلة العبد الجاني [خطأً][٥] - بعيدٌ؛ لما بين المرهون والتركة من الفرق؛ فإن حق المجني عليه طرأ على ملك تام للسيد، ثم دام الملك له، والوارث يتلقى[٦] الملك بالخلافة، وهي مشروطة بتقديم حق الميت. ثم قال في هذا الباب: وللقولين التفات عندي على أصل، وهو أن المفلس لو تصرف في الأموال التي اطرد الحجر عليها، فيقطع ببطلان تصرفه، أو نوقفه قائلين: إن سقطت الديون فقد نَفَذ التصرف، وإن بقيت ومست الحاجة إلى تأديتها من الأعيان، أُدِّيَتْ منها، فالوارث كالمحجور عليه المفلس، والمال كمال المحجور، وقد أشار إلى هذا المأخذ الفوراني - أيضًا - وقضيته: أن يكون الصحيح البطلان، كما صرح به النواوي، وغيره في كتاب الرهن؛ لأن الصحيح بطلان تصرفات[٧] المفلس.

ثم قال الإمام: وما ذكره العراقيون من تصحيح القسمة على قول الإفراز قولًا واحدًا، ليسوا[٨] مساعدين عليه؛ فإن الإفراز تصرف في متعلق الدين؛ فيظهر إفساده كالبيع.

وقد أشار كاتب «تعليق» القاضي أبي الطيب إلى أن الجزم بصحة القسمة على

---

(١) في أ: القول.
(٢) سقط في أ، ع.
(٣) في ص: وتبرئة لذمة الميت.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في ص.
(٦) في أ: يبلع.
(٧) في ع: تصرف.
(٨) في ع: ليس.

القول بأنها إفراز من فقه القاضي؛ فإنه قال: قيل للقاضي: إذا قلنا: إن القسمة إفراز حق، فهل يكون على القولين أم لا؟ فقال: يحتمل أن يكون على قول واحد: أنه يصح. وهذا ما أورده البندنيجي والماوردي وابن الصباغ.

قال: وفي قسمتها قولان، أي: مع العلم بالدين، ينبنيان على القولين السابقين، فإن قلنا ببطلان البيع لم تصح القسمة، وإلا صحت، وهو[1] ما اختاره في «المرشد».

وقد أفهم كلام الشيخ: أن على [هذين][2] القولين ينبني[3] نقض القسمة في مسألة الكتاب، وهي ظهور الدين بعد القسمة، فإن قلنا: إن القسمة لا تصح مع العلم بالدين، فإذا بان الدين بعدها، تبين بطلانها. وإن [قلنا:][4] تصح مع العلم بالدين، فإذا بان بعدها لم تنقض.

وقد صرح القاضي الحسين والفوراني بحكاية القولين في نقض القسمة بعد ظهور الدين، وكذلك مجلي، وقال: إنه لا فرق فيما ذكرناه بين وقوع القسمة والبيع مع العلم بالدين، أو مع جهله.

وقال الفوراني[5]: إنهما يقربان من القولين في إقرار المحجور عليه بمال قد لزمه قبل الحجر.

[قال][6]: ووجه القرب والشبه: أن نقض هذه القسمة إنما هو بسبب متقدم.

وقال القاضي الحسين: إنهما يبنيان على [أن][7] الدين هل يمنع الإرث أم لا؟ فإن قلنا: يمنع، نقضت، وإلا لم تنقض.

وقضية ما حكيناه عن الإمام، وأشار إليه [أيضًا][8] - هاهنا: أنا إذا[9] قلنا: [إن][10] الدين يمنع الإرث [، تنقض][11] قولًا واحدًا، وأن محل القولين إذا قلنا: إن الدين لا يمنع الإرث، وهو قضية كلام القاضي في آخر الفصل؛ حيث قال: إن أصل

---

(١) في ص: وهذا.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ: يبني.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: النواوي.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ص.
(٩) في ص: إن.
(١٠) سقط في أ.
(١١) سقط في أ، ص.

القولين تصرفات المفلس بالعتق والبيع والهبة، هل هي باطلة، أو موقوفة حتى إذا فك الحجر [عنه][(١)] تبينّا أنها كانت نافذة؟ وفيها قولان؛ لأن القسمة تصرف مع تعلق حق الغير بالمتصرف فيه: كتصرفات المفلس انتهاء؛ فإنه لا [يحسن أن][(٢)] يلحق تصرف الورثة بتصرف المفلس إلا إذا قلنا: إنهم ملكوا.

ثم[(٣)] قضية البناء الذي ذكره القاضي: أن يكون الصحيح عدم النقض؛ لأن الصحيح أن الدين لا يمنع الإرث.

وحكم ظهور الوصية بمائة درهم من التركة غير معينة، حكم ظهور الدين الثابت على الميت فيما ذكرناه؛ صرح به القاضي أبو الطيب، والبندنيجي، والماوردي، وغيرهم.

قال في «البحر»: وكذا حكم حدوث دين على الشخص بعد موته وبعد القسمة. وأراد بذلك: ما إذا كان قد باع شيئًا، وأكل ثمنه، فردَّ بالعيب بعد الموت، ولزم رد بدل الثمن، أو تردى متردٍّ في بئر كان قد احتفرها عدوانًا.

لكن قد حكى الغزالي في هذه الصورة في كتاب الرهن وجهين - بناء على قولنا في[(٤)] الدين المقارن: [إنا نتبين][(٥)] بطلان التصرف-:

[أحدهما : أنا نتبين بطلان التصرف][(٦)] في هذه الصورة -أيضًا- لتقدم السبب.

والثاني - وهو أظهر في «الرافعي»-: أنا لا نتبين؛ لأنه كان مسوغًا [لهم][(٧)] ظاهرًا.

أما إذا كان الدين لا يحيط بالتركة، فهل يكون الحكم كما لو كان محيطًا بها؟ فيه وجهان حكاهما الغزالي في كتاب الرهن:

أظهرهما - كما قال الرافعي-: نعم؛ كما هو قياس الديون والرهون، ولم يحك[(٨)] في «الحاوي» في كتاب الشركة سواه؛ حيث جزم القول بأنهم لا يتصرفون في شيء منها وإن كان في باقيها وفاء بالديون.

والثاني: لا، وينفذ تصرف الوارث إلى ألا يبقى إلا قدر الدين؛ فيكون الحكم فيه

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) في ع: و.
(٤) في أ: إن.
(٥) في أ: إنما يبين.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: نجد.

كما في حال الإحاطة، ووجهه[1]: أن الحجر في المال الكثير بشيء حقير بعيد، مع أنه لا تخلو تركة عن دين.

فروع - تتعلق بما نحن فيه-:

أحدها: إذا أعتق الورثة بالقرعة واحدًا من العبيد الثلاثة، وظهر دَيْن - قال القاضي الحسين هاهنا: ففيه قولان:

أحدهما: تنقُض الحرية، ويعين[2] واحد من الثلاثة للبيع في الدين؛ ثم يقرع بين الباقيين، فمن خرجت قرعته [عتق][3] منه ثلثاه، ورق ثلثه.

قال: وفيه إشكال.

والقول الثاني: لا تنقض، بل يباع واحد من الرقيقين في الدين، [ثم يقرع بين الباقي وبين من حكمنا بحريته، فمن خرجت قرعته عَتَقَ منه ثلثاه.

الفرع الثاني: إذا أعتق الوارث العبد قبل قضاء الدين][4]، قال الإمام في كتاب العتق: إن قلنا: لا ملك له، لم ينفذ. وعلى هذا لا يتجه لنا أن نقول: التركة ملك لا مالك له، بل هي مقررة على ملك الميت، ولا مطمع في إضافة الملك فيها إلى مستحق الدين. وإن قلنا: إن الملك له، قال الشيخ - يعني أبا علي-: فإن كان معسرًا لا يمكنه أن يؤدي الدين من ماله، فلا ينفذ عتقه قولًا واحدًا، وكان شيخي يخرج عتقه على عتق المرهون.

والأوجه: ما ذكره الشيخ؛ فإن[5] حق الوثيقة طرأ على ملك تام للراهن، ثم دام الملك له، والوارث يتلقى الملك بالخلافة وهي مشروطة بتقديم حق الميت.

وإن كان موسرًا، ففي نفوذ عتقه قولان:

أحدهما: ينفذ، ويلزم.

والثاني: أنه موقوف، فإن وصل الدين إلى مستحقه بان أن العتق نفذ مع لفظ الإعتاق، وإلا فالرق باق.

ثم من كلام الشيخ: أنا إذا أنفذنا العتق، نقلنا الدين بالغًا ما بلغ إلى ذمة الوارث، ولست أرى الأمر كذلك؛ فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط، بل هو بالإعتاق

---

(١) في أ: ووجه.
(٢) في ص: ويعتق.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: فإن كان.

متلف للعبد؛ فلا يلزمه إلا أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد.

الفرع الثالث: إذا أنفذنا بيع الوارث، وقلنا: يلزم، فقد قال الشيخ: إذا سلم المشتري الثمن إلى الوارث، وتلف في يده - فللغرماء أن يطالبوا المشتري بالثمن؛ فإنه كان من حقه أن يسلمه إليهم؛ فإذا لم يفعل توجهت المطالبة عليه.

قال الإمام في كتاب العتق: وفي كلامه ما يدل على أنهم يطالبون الوارث بالثمن، فإن تعذر رجعوا إلى المشتري، والوجه القطع بأنهم [لا][(١)] يطالبون المشتري؛ فإنا إذا ألزمنا بيع الوارث، فبيعه بمثابة إعتاقه، وإذا أعتق فلا عوض، ولا مستدرك له إذا نفذ. نعم، هذا يضعف الوجه الذي عليه التفريع.

قال: وإن كان بينهم نهر، أو قناة، أو عين ينبع[(٢)] **فيها الماء، فالماء** - أي: الكائن في ذلك - بينهم على قدر ما شرطوا من التساوي أو[(٣)] **التفاضل**.

صورة ذلك: أن يشترك جماعة في حفر نهر أو قناة إلى[(٤)] جانب النهر الكبير المباح: كالفرات، والدجلة، ونحوهما؛ ليجروا منه الماء إلى ذلك، أو يحفروا[(٥)] عين ماء؛ لينتفعوا بذلك الماء، فإذا فعلوا ذلك، فقد ملكوا ما حفروه إذا هيئوه لما أرادوا؛ كما تقدم في بابه، ويكون ملكهم على قدر ما [شرطوه][(٦)] في ابتداء الحفر، وأخرجوه من النفقة؛ [لأنه إنما ملك بالعمارة، والعمارة بالنفقة][(٧)]، فكان الملك موزعًا عليها، فإن أنفقوا على السواء ملكوه على السواء، وإن أنفق واحد نصف النفقة[(٨)]، واثنان نصفها بالسوية، كان للأول النصف، ولكل [واحد][(٩)] من الآخرين الربع، وهكذا.

فإذا تقرر ذلك، وحصل[(١٠)] الماء في المحفور، كان بينهم على قدر أملاكهم؛ لأنه المقصود بالحفر؛ فملكوه بعد الوصول إليه؛ كما لو حفروا معدنًا باطنًا، فوصلوا إلى نيله؛ فإنه يكون بينهم على حسب ما أنفقوه.

وقيل: إن الماء لا يملك؛ لأنه لو ملك لم يُبح لمستأجر الدار التي فيها بئر[(١١)]

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: فنبع.
(٣) في التنبيه: و.
(٤) في ع: أو.
(٥) في ع: وحفروا.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ع: النصف.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في ع: فحصل.
(١١) في ع: نهر.

شُرْبُ مائها؛ لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة، ولما جاز بيع دار فيها بئر بدار فيها بئر؛ لأن الربا يجري في الماء لكونه مطعومًا، ولمَّا جاز ذلك [دل][(١)] على أنه غير مملوك؛ فعلى هذا يكونون أحق بالماء الجاري في النهر والقناة، والنابع في العين من غيرهم.

لكن لو تعدى شخص، وأخذه، فقد ملكه، وليس عليه رده.

قال القاضي أبو الطيب، كما لو توحل في أرض الغير صيد، فليس لغيره أخذه، فإن تخطى وأخذه، ملكه.

ومن أراد تحصيل شيء [من ذلك][(٢)]، فالحيلة فيه: أن يشتري سهمًا من نفس النهر، و[(٣)] القناة، [والعين][(٤)]، والبئر.

قال: والمذهب الأول؛ لما ذكرناه، ولجريان العادة بالتصرف فيه التصرف المشروع في الأملاك من غير إنكار.

قال القاضي أبو الطيب: وهذا القول نص عليه في القديم.

والجواب عن قولهم: إنه لو كان مملوكًا، لم يبح بالإجارة؛ لكونه عينًا - أن الأعيان قد تستباح بالإجارة؛ للحاجة: كاللبن في الاستئجار على الرضاع، مع أنه لا ضرر على الآجر في استيفاء الماء؛ لأنه يستخلف في الحال، وما لا ضرر على المالك في استيفائه ليس له منعه؛ كالاستظلال بالحائط.

وعن دليلهم الثاني: أنا نمنع كون الماء ربويًّا، وإن سلمناه فنمنع صحة البيع في الصورة التي ذكروها كما حكيناه في بابه.

فرع: لو تنازعوا في قدر الملك في النهر والقناة، ففي «التتمة»[(٥)]: حكاية وجهين فيه:

أحدهما: أنه يقسم على قدر الأراضي؛ لأن المقصود من النهر سقي الأراضي، والظاهر أن حقوقهم على قدر أملاكهم، وهذه طريقة الإصطخري.

والثاني: يقسم بالسوية؛ لأن انحفاره باليد لا بالملك، والنهر في أيديهم.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أن الخلاف في ملك الماء وعدم ملكه، جار في

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ع: من أرض الغير.
(٣) في ص: أو.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: القسمة.

الصور الثلاث، وقد قال القاضي أبو الطيب: إن الماء المختلف في كونه مملوكًا[1] هو كل ما ينبع[2] في ملكه من بئر أو عين، وأما الماء الجاري في النهر المملوك، فلا يملك؛ كما إذا جرى الفيض إلى ملك رجل، واجتمع فيه، ولم يملكه، ولكن يكون أهل النهر أولى به؛ لأن يدهم عليه، وليس لأحد أن يزاحمهم فيه؛ لأن النهر ملك لهم.

وعلى هذا جرى ابن الصباغ، والمتولي، والبغوي، وكلام الإمام موافق لكلام الشيخ؛ فإنه قال: إن الماء الذي يجري في النهر المملوك كماء القنوات مملوك على الرأي الظاهر لمالك القناة، وكل من تصرف فيه بما ينقصه ويظهر نقصه، فهو ممنوع منه، وما لا يظهر له أثر: كالشرب، أو كسقي دواب معدودة، وكأخذ قرب - فقد ذهب ذاهبون: أنه لا يسوغ المنع من هذا القدر.

قال الإمام: وهذا بعينه هو الذي نقلته عن شيخي، وأنكرته، وكأنه انتفاع بما هو مملوك.

وذهب القاضي وطبقته [من][3] المحققين إلى إجراء القياس والمصير إلى أن للملاك أن يمنعوا من هذا، وما درج عليه الأولون من التسامح فيه محمولٌ على أن الناس لا يضنون بهذا القدر؛ فصارت قرائن الأحوال بمثابة التصريح بالإباحة.

قال: فإن أرادوا سقي أراضيهم من ذلك الماء بالمهايأة، جاز، أي: فيجعل لكل منهم شرب يوم معلوم؛ كالمهايأة في المنافع، ويخالف المهايأة في لبن الشاة والبقرة -كما ذكرنا- لأن ذلك مجهول، وهذا ما جزم به [في][4] «التهذيب».

وعن القاضي الحسين: أن المهايأة لا تصح في الماء -أيضًا- لأن النوب تختلف من وجهين:

أحدهما: أن الماء يزيد وينقص.

والآخر: أنها تتفاوت في حاجات الدَّهْقنة؛ فليس ما يقع من النوبة الأولى كما يقع في النوبة الأخيرة.

ثم على الأول: إذا صحت، فهل تلزم؟ حكى الإمام فيها وجهين، وعند الاختصار

---

(١) زاد في ع: وهل.
(٢) في أ، ع: يقع.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.

يجتمع في المسألة ثلاثة أوجه.

قال: وإن أرادوا القسمة جاز؛ لأن بكل من ذلك يصلون إلى حقوقهم.

قال: **فينصب - قبل أن يبلغ إلى أراضيهم - خشبة مستوية، ويفتح فيها كوى على قدر حقوقهم، ويجري فيها الماء إلى أراضيهم**؛ لأن ذلك هو العدل.

وإذا [كان][1] فيهم شخص له العشر، ولآخر الخمس، ولآخر الباقي - جعل فيها عشر طاقات على السواء، وجعل لصاحب العشر واحدة، ولصاحب الخمس طاقتين، والباقي للآخر، وهكذا. وهذا إذا كان في الماء ضيق، أما إذا كان فيه اتساع بحيث يحصل لكل منهم فوق حاجته، فلا حاجة إلى ذلك.

[تنبيه][2] وقول الشيخ: «ويفتح كوى»، هو بكسر الكاف، وضمها مع التنوين فيهما، وأجود منهما: كواء، بكسر الكاف والمد، وقد سبق إيضاح الكلمة في باب الصلح.

قال: وإن[3] **أراد أحدهم أن يأخذ قدر حقه قبل أن يبلغ إلى المَقْسِم ويجريه في ساقية له**، أي: بِمَجْراه، إلى أرضه، أو يدير به رحى - أي: بالساقية المذكورة - **لم يكن له ذلك**؛ لأن حريم النهر مشترك بينهم؛ فلا يجوز لواحد منهم أن ينفرد بالتصرف فيه بالسقي وإجراء الماء. نعم، لو أراد أن يُدير بما فضل له من الماء المختص به رحى في ملكه، لم يمنع [منه][4]؛ صرح به في «التهذيب».

تنبيه: المَقْسِم: مفتوح[5] الميم مكسور السين؛ كـ «المجلس»، وكذا سائر ظروف الزمان والمكان التي ثالث مضارعها مكسور، أو أولها واو أو ياء -بالكسر: المَجْلِس، والمَصْرِف، والمَوْعِد، والمَوْقِف.

قال: وإن أراد أن **يأخذ الماء، ويسقي**[6] **أرضًا ليس لها رسم شرب من هذا النهر - لم يكن له**[7]؛ لأنه يجعل لنفسه شربًا لم يكن له؛ فمنع منه؛ كما لو كانت له دار في درب غير نافذ، فاشترى دارًا في درب آخر طريقها منه، فأراد أن ينفذها إلى الدار الأخرى - لم يكن له؛ لأنه يجعل لنفسه استطراقًا لم يكن إلى إحدى الدارين

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ، ص.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) سقط في ع.
(٥) في ع: بفتح.
(٦) زاد في التنبيه: به.
(٧) زاد في التنبيه: ذلك.

من الأخرى؛ كذا قاله الشيخ أبو حامد.

قال ابن الصباغ: وهذا وجه جيد، غير أن الذي شُبِّه به قد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من جوزه، لكن يمكن على هذا أن يفرق بينها وبين الأرض؛ لأن الدار لا يستطرق منها إلى [الدرب، وإنما يستطرق منها إلى][١] الأخرى، ومن الأخرى إلى الدرب، وهاهنا يحمل الماء في الساقية إليها؛ فيصير لها[٢] رسم في الشرب.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنه يجوز له أن يسقي بهذا الماء بعد القسمة أرضًا أخرى، وقال: إنه شبيه بالوجه المجوز لفتح باب بين الدارين. وقد تقدم الفرق بينهما.

نعم، قال ابن الصباغ: لو أراد أن يفعل مثل هذا في النهر الذي ليس بمملوك، فينبغي أن يجوز.

تنبيه: الشِّرب -بكسر الشين-: النصيب من الماء، وهو المراد هنا، وأما مصدر شَرِبَ يَشْرَبُ، [فهو بضم][٣] الشين، وفتحها، وكسرها، ثلاث لغات.

قال: **وإن كان ماءٌ مباحٌ في نهر غير مملوك** - أي: وهو صغير، قال الماوردي: [وقد][٤] يسمى: ساقية - **سقى الأول أرضه حتى** [يبلغ إلى الكعب][٥]، **ثم يرسله على**[٦] **الثاني**، وهكذا يسقي الثاني أرضه حتى يبلغ إلى الكعب، ثم يرسله إلى الثالث، **ويقدم الأقرب إلى أول النهر، فالأقرب.**

والأصل في اعتبار ذلك حديثان:

أحدهما: ما روي أن رجلًا خاصم الزبير في شِرَاج الحَرَّة التي يسقون بها، فقال الأنصاري: سَرِّح الماء يمر، فأبى عليه الزبير، فقال رسول الله ﷺ: «اسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك»؛ فغضب الأنصاري، وقال: يا رسول الله، أَنْ كان ابن عمتك!! فتلون وجه رسول الله ﷺ وقال: «اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ احْبِسْ الْمَاءَ حَتَّى يَبْلُغ إِلَى الْجَدْرِ»[٧].

والثاني: ما روى أبو داود: أن رجلًا من قريش كان له سهم في بني قريظة،

---

(١) سقط في أ، ص.
(٢) في أ: إليها.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ع.
(٥) في التنبيه: يبلغ الكعب.
(٦) في التنبيه: إلى.
(٧) تقدم.

فخاصم إلى رسول الله ﷺ في نهر، والسبيل الذي يسقون ماءه، فقضى بينهم رسول الله ﷺ: «أَنَّ الْمَاءَ إِلَى الْكَعْبَيْنِ، ثُمَّ يَحْبِسُهُ الأَعْلَى عَنِ الأَسْفَلِ؛ كَيْ يُرْسِلَهُ إِلَيْهِ»[(١)].

فالحديث الأول دل على اعتبار الأقرب فالأقرب، إذا استكفى يرسله إلى جاره، والثاني دل على ذلك، وعلى اعتبار الكعبين.

وقد يستدل للمجموع بما روى عبادة بن الصامت: أن النبي ﷺ قضى في شرب النخل من السبيل إلى الأعلى أن يشرب قبل الأسفل، ويجعل الماء فيه إلى الكعبين، ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه، وكذلك حتى تنقضي الأرضون.

وقد تقدم شرح ألفاظ الحديث [الأول][(٢)]، وذكر رواية في كتاب الأقضية، وتكلم الأصحاب هاهنا في تأويل قصة الزبير:

فقال بعضهم -كما حكاه ابن الصباغ-: إنما أمر الزبير بأن يستوفي أكثر من حقه؛ عقوبة للأنصاري؛ حيث[(٣)] لم يرض بقضائه.

وقال أبو جعفر الترمذي: كان النبي ﷺ قد استنزل الزبير عن بعض حقه حين أذن له أن يسقي ولا يحبس الماء، فلما لم يقبل الأنصاري ذلك، أمره أن يستوفي حقه؛ وهذا ما أورده القاضي أبو الطيب، وهو الأشبه.

فإن قيل: ففي الحديث الآخر: أنه علق الحق بأن يبلغ الماء إلى الكعبين، وهذا مخالف لذلك.

قال القاضي أبو الطيب: قلنا: ليس فيهما خلاف؛ لأن الماء إذا بلغ إلى الكعبين، وكانت الأرض مستوية، رجع الماء إلى الجدر.

وما ذكره الشيخ هو المشهور.

وفي «التتمة»: أن المرجع في قدر السقي إلى العرف والعادة، فإن كان الذي ملكه في أول النهر بستانًا والأشجار مغروسة على جداول؛ [فيحبس الماء حتى تمتلئ الجداول، ويصل إلى أصول الأشجار، وإن كانت الأرض قطعًا،][(٤)] فيحبس الماء حتى يصل إلى الكعبين.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٣٩) كتاب الأقضية، أبواب من القضاء، برقم (٣٦٣٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٦/ ١٥٤).

(٢) سقط في أ، ص.

(٣) زاد في ع: قال.

(٤) سقط في ع.

قال: وإن[(١)] **احتاج الأول إلى سقي أرضه دفعة أخرى قبل أن [يرسل إلى][(٢)] الثالث، سقى، ثم يرسل إلى الثالث**؛ لأنه لا حق للثالث إلا فيما فضل عن حاجة الأول والثاني؛ ولهذا قال الأصحاب - كما حكاه أبو الطيب-: إن[(٣)] كان زرع الأسفل يهلك إلى أن ينتهي الماء إليه، لم يجب على من فوقه إرساله إليه.

ولو كان ماء هذا النهر يفضل عن حاجة أهله فلبعضهم أن يسوقه إلى أرض أخرى [له][(٤)]، وأن يجعل مفيض أرض له أخرى إلى هذا النهر.

قال في «الحاوي»: لأنه[(٥)] ليس بمملوك لواحد منهم؛ فصار كالطريق النافذ الذي يجوز استطراقه لكل واحد[(٦)]، وأن يفتح فيه بابًا.

ويجوز أن يجعل على عرض النهر عبارة للماء؛ إذا لم تضر بأحد من أهله: كالساباط على الطريق النافذ، بخلاف النهر المملوك؛ فإنه لا يجوز ذلك؛ لأن فيه وضع شيء على ملك الشريك بغير إذنه، وهو جانبا النهر.

قال: وإن[(٧)] **كان لرجل أرض عالية، وبجنبها[(٨)] أرض مستفلة، ولا[(٩)] يبلغ الماء في العالية إلى الكعب، حتى يبلغ في المستفلة إلى الوسط - سقى المستفلة حتى يبلغ** [الماء إلى][(١٠)] الكعب، ثم يسدها، ويسقي العالية؛ لأن هذا يحصل مقصوده من غير إضرار بغيره؛ فاتبع.

قال: وإن[(١١)] **أراد بعضهم أن يحيي أرضًا، ويسقيها من هذا النهر** - أي: الصغير- الذي ليس بمملوك لأحد، ولجماعة شرب معلوم منه.

قال: فإن كان لا يضر بأهل الأراضي[(١٢)] - أي: التي لها شرب معلوم منه- بأن يكون في أسفل النهر- لم يمنع؛ لأنه ينتفع به من غير إضرار بغيره؛ فأشبه النهر الكبير: كالفرات، والدجلة، والنيل، وسيحون، وجيحون؛ فإن لكل أحد[(١٣)] أن ينتفع بمائه كيف شاء، وليس لأحد منعه؛ فإنه لا ضرر على أحد فيه؛ لاتساعه.

قال: وإن كان يضر بهم، أي: بأن كانت الأرض في أعلاه، وإذا سقيت قل الماء

---

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) في التنبيه: يسقي.
(٣) في ع: لو.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: إنه.
(٦) في ع: أحد.
(٧) في التنبيه: فإن.
(٨) في ص: وتحتها.
(٩) في التنبيه: فلا.
(١٠) سقط في التنبيه.
(١١) في التنبيه: فإن.
(١٢) في أ: الأرض.
(١٣) في ص: واحد.

على أهل الأراضي؛ فيستضرون به- منع؛ لأن [من][(١)] ملك أرضًا ملكها بمرافقها، والشرب من النهر من مرافقها؛ فلا يجوز مضايقة مُلَّاكها فيه؛ وهكذا الحكم في مياه الأعين المباحة.

فرع: لو كان النهر الصغير غير معروف الأصل، هل هو مباح أو مملوك - قال في «الحاوي»: فقد اختلف أصحابنا، هل يجري عليه حكم الإباحة أو حكم الملك؟ على وجهين:

أحدهما: أنه في حكم المباح، وهو قول من جعل أصل الأشياء على [الإباحة.

والثاني: أنه مملوك، وهو قول من جعل أصل الأشياء][(٢)] على الحظر، ولم يحك المتولي سوى هذا؛ لأن كل من له أرض على الحافة، فله عليه يد، وفرَّع على هذا فرعين:

أحدهما: أنه إذا كان بالقرب من النهر أرض يمكن سقيها من النهر: إما على الحافة، أو متصلة بأرض على الحافة- فإن رأينا ساقيةً مادَّةً من النهر إليها، يحكم بأن لها شربًا من النهر؛ لأن الظاهر يدل عليه. وإن لم يكن هناك ساقية: فإن كان لها شرب من نهر آخر، لم نجعل لها شربا من النهر عند التنازع. وإن لم يكن لها شرب آخر، كان صاحبها شريكًا لأهل النهر؛ لأن الأرض المعدة للزراعة لا تستغني عن شرب، وليس للأرض شرب آخر؛ فدل[(٣)] ظاهر الحال [على][(٤)] أن شربها من النهر.

الثاني: إذا كان للنهر نصيب في أَجَمة مملوكة، وحوالي النهر أراض مملوكة، فوقع التنازع بين أرباب الأراضي وصاحب الأجمة في الماء - فهو مقسوم بين الجميع؛ لأنا جعلنا البئر مملوكًا لأهله؛ فلم يختص البعض بالماء.

وقد نجز شرح ما في الباب، ولنختمه بفروع تتعلق به:

أحدها: إذا ملك أرضًا، وأراد زراعتها، ولا يمكن ذلك إلا بأن يسوق الماء في أرض جاره، فإن أراد أن يحفر نهرًا على وجه الأرض - لم يجب على الجار تمكينه من ذلك، فإن أراد أن يحفر تحت الأرض طريقًا للماء إلى أرضه من غير أن يتعطل

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) زاد في أ: على.
(٤) سقط في أ.

على مالك الأرض الانتفاع بظاهر الأرض، فهل يلزمه تمكينه؟ فيه وجهان في «التتمة» في كتاب إحياء الموات، والصحيح: أنه لا يلزمه.

الفرع الثاني: إذا كان لصاحب الأرض نهر ممدود في الأرض إلى طرف ملك جاره، وليس لجاره نهر يجري الماء فيه إلى أرضه، فأراد إجراء الماء في نهر جاره إلى أرضه- فإن كان صاحب النهر يحتاج إلى إجراء الماء [فيه][1]، لم تلزمه إجابته، وإن لم يكن محتاجًا إلى سوق الماء فيه - فهل تلزمه إجابته؟ فيه الوجهان، ووجه الوجوب: القياس على مسألة الجذوع، والمذهب: أنه لا يلزمه؛ كما لو كان له دار لا يحتاج إلى سكناها.

الفرع الثالث: إذا زاد النيل أو[2] الفرات، ونحوهما، فدخل أملاك الناس، واجتمع فيها - قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبغوي: لم يملكوه؛ لأنه لو نزل مطر [واجتمع][3] في ملكه، أو ثلج فمكث، أو فرخ طائر في بستانه أو توحل طير في أرضه - لم يملكه، وكان لمن حازه؛ فكذلك الماء.

وعلى هذا: إذا دخل واحد، وأخذ منه شيئًا في إنائه، ملكه على أصح الوجهين في «التهذيب».

وفيه وجه آخر: أن لصاحب الملك أن يسترده؛ كما قالوا في فرخ الطائر، والله أعلم.

* * *

(١) سقط في ع.
(٢) في أ: و.
(٣) سقط في ع.

باب الدعاوى والبينات

«الدعوى» في اللغة: الاسم من «الادعاء»، و«الادعاء» على ميزان «الافتعال» من «الدعوة»، وتاء الافتعال للاختصاص؛ فكأن المدَّعِي دعا المدَّعَى عليه إلى نفسه دعوة اختصاصٍ.

والمدَّعي - لغة -: كل من ادَّعى لنفسه شيئًا، سواء كان في يده أو لم يكن، وسواء كانت دعواه توافق الظاهر أو تخالفه.

وأما شرعًا: فسيأتي الكلام فيه.

قال البندنيجي: والمدَّعَى عليه -لغة وشرعًا-: من ادُّعِيَ عليه شيءٌ في يده، أو حَقٌّ في ذمته.

وقيل: إن الدعوى في اللغة: هي التمني، قال الله تعالى: ﴿وَلَهُم مَّا يَدَّعُونَ﴾ [يس:٥٧]، أي: ما يتمنون، وهذا ما أورده في «التهذيب».

وقال في «الإشراف»: تفسير الادعاء بالتمني هو قول المفسرين، وليس حدًّا على شرط اللغة.

ويقال: ادعيت على فلان كذا ادعاءً.

والبينات: جمع البينة، وهي المُوضحة، وسميت الشهود: بينة؛ لأنه يتبيَّن[1] بهم الحق ويظهر ويتضح؛ قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَأْتِيَهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [البينة:١]، أي: الموضحة.

والأصل في هذا الباب: ما روى البخاري ومسلم عن ابن عباس أن النبي ﷺ «قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[2].

قال أبو داود والترمذي: وفيه إثبات الدعوى؛ إذ لا يكون مدَّعًى عليه إلا بعد وجود الدَّعوى.

وما روى البخاري عن أم سلمة: أن النبي ﷺ قال: «إِنَّكُمْ لَتَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، وَإِنَّمَا أَقْضِي بِنَحْوِ مَا أَسْمَعُ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِ أَخِيهِ فَلَا يَأْخُذْهُ؛ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»[3]؛ والذي يسمعه

---

(١) في ص: يتيقن.
(٢) تقدم.
(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧١٩) كتاب الأقضية: باب الترغيب في القضاء، حديث (١)، والبخاري =

منهما إنما هو دعوى وجواب.

وقد روى مسلم عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوِيهِمْ، لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ نَاسٍ وَأَمْوَالَهُمْ، لَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيهِ»[(١)].

قال في «الإشراف»: وإنما جعلت البينة في جانب المدَّعِي، واليمين في جانب المدَّعَى عليه؛ لأن البينة حجة قوية بالبراءة عن التهمة، واليمين حجة ضعيفة؛ إذ الحالف متهم في يمينه بالكذب؛ [إذ][(٢)] هو يستجلب باليمين منفعة إلى نفسه، والشاهد جلي عن التهمة؛ لأنه لا يجلب إلى نفسه خيرًا، ولا يدفع عنها ضررًا.

وجانب المدَّعِي ضعيف؛ لأنه ادعى على مخالفة الظاهر دينًا في ذمة غيره، أو عينًا في يده، والمدَّعَى عليه أثبت على موافقة الظاهر فراغ ذمته عن الدين، والملك فيما احتوت يده عليه؛ فوضعت الحجة القوية في جانب الضعيف؛ لينجبر ضعف الجانب بقوة الحجة، ووضعت الحجة الضعيفة في[(٣)] جانب القوة؛ لينجبر ضعف الحجة بقوة الجانب.

قلت[(٤)]: وهذا الذي ذكره مستقيم على قولنا: إن المدَّعِي من يذكر أمرًا يخالف الظاهر، والمدَّعَى عليه من يوافق قوله الظاهر.

وقد اختلف الأصحاب في حد المدَّعِي والمدَّعَى عليه فيما اصطلح عليه الفقهاء:

فمنهم من قال: المدعي والمدعى عليه من المتخاصمين من ذكرناه، وهو ما ادعى الرافعي: أنه أظهر عند الروياني، والذي يشعر به لفظ «المختصر»، ويقتضيه كلام أكثر الأصحاب.

ومنهم من قال: المدَّعِي منهما: من لو سكت بعد ما أبداه، لترك [و][(٥)] سكوته، والمدَّعَى عليه: من إذا سكت لم يترك وسكوته، بل يطالب بالجواب عند المنازعة.

قال في «البحر»: ومن أصحابنا من قال: حقيقة مذهبنا: أن من أضاف ملكًا أو حقًّا

= (١٢/ ٣٣٩) كتاب الحيل: باب (١٠)، حديث (٦٩٦٧) ومسلم (٣/ ١٣٣٧) كتاب الأقضية: باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة حديث (٤/ ١٧١٣).

(١) تقدم.

(٢) سقط في ص.

(٣) في ص: إلى.

(٤) في أ: تنبيه.

(٥) سقط في أ.

إلى نفسه، أو زعم سقوط حق عن نفسه - فهو مدعٍ، ومن اقتصر على مجرد النفي فهو المدَّعَى عليه؛ ولهذا قبلنا بينة ذي اليد؛ لأنه يضيف ملك الدار التي في يده إلى نفسه؛ كما يضيف الخارج؛ وهذا راجع إلى القول الأول.

[ثم][(١)] قال الروياني: وإن شئت قلت: من زعم إذا شهد الشاهد: أن شهادته استندت إلى علم فهو مدع، ومن زعم ما لا يتصور عليه الشهادة، ولا يستند قول الشاهد فيه إلى علم، فهو مدعى عليه، وقد يتفق أن يكون الشخص الواحد مدعيا ومدعى عليه، و[هو][(٢)] في المتبايعين إذا اختلفا فيما يوجب التحالف. وكذا قاله البندنيجي، وغيرهما.

وهذا الاختلاف المذكور لا يختلف موجبه في الأغلب؛ فإنه لو ادعى زيد على عمرو دينًا في ذمته، أو عينا في يده، وأنكر - فزيد هو الذي يدعي خلاف الظاهر؛ لأن الظاهر براءة ذمة عمرو، وفراغ يده عن حق غيره، وهو الذي لو سكت لترك وسكوته، وعمرو إنكاره لما ادعي عليه موافق للظاهر، ولو سكت لم يترك وسكوته.

نعم، أثر الاختلاف يظهر فيما لو أسلم زوجان قبل المسيس، واختلفا: فقال الزوج: أسلمنا معا، والنكاح باقٍ [بيننا][(٣)]؛ وقالت المرأة: [بل][(٤)] على التعاقب، ولا نكاح بيننا.

فإن قلنا: إن المدَّعِي من يذكر أمرًا على خلاف الظاهر، والمدَّعَى عليه من يذكر أمرًا على وفق الظاهر - فالمدعي هاهنا[(٥)] الزوج؛ لأن التساوق الذي يزعمه يندر وقوعه، والمرأة هاهنا مدعى عليها؛ لموافقة قولها الظاهر؛ فيكون القول قولها؛ فتحلف، وينفسخ النكاح.

وإذا قلنا: المدعي من لو سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من إذا سكت لا يقنع منه بالسكوت - فالمدعي هاهنا: المرأة؛ لأنها لو سكتت تركت، واستمر النكاح، والزوج مدعى عليه؛ لأنه لا يترك لو سكت؛ لأنه يحاول بسكوته استبقاء النكاح، والتنازع وقع في الانفساخ؛ فالزوج الساكت منكر، وهي مسلطة على

---

(١) سقط في أ، ع.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: هنا.

تكذيبه بالبينة؛ وعلى هذا فيحلف، ويحكم باستمرار النكاح؛ كما هو الأصح في «التهذيب».

وكذا يظهر أثر الخلاف [في][(١)] تشطير المهر إذا ادعى الزوج أن المرأة أسلمت قبله، وادعت أن إسلامهما وقع معًا.

وأما بالنسبة إلى بقاء النكاح وفسخه فلا؛ لأن الاعتماد فيه على قول الزوج، وهو مقر بالانفساخ.

وقد قال القاضي الحسين بعد تقرير ما ذكرناه: إنه يشكل على من قال بالأول دعوى المُودِع التلف أو[(٢)] الرد إلى المالك؛ فإن دعواه مخالفة للظاهر، ومع هذا جعلنا القول قوله.

ثم قال: إلا أن هاهنا أصلًا آخر، وهو بقاء الأمانة، والمودِع يدعي الخيانة؛ ففي الحقيقة يصير المودِع مدعيًا والمودَع مدعى عليه الخيانة.

وفي «الرافعي»: أن أبا الحسن العبادي، قال: دعوى المودَع توافق الظاهر؛ لأن المالك قد ساعد. على الأمانة؛ حيث ائتمنه فهو يستبقي الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها؛ فكان الظاهر معه.

قال الإمام: وقد أخذ الإصطخري هذا المسلك في الظهور والخفاء، ورد دعاوى قبلها كافة الأصحاب، وقال: إذا ادعى رجل من السفلة معاملة رجل عظيم القدر في أمر يبعد وقوعه، فدعواه مردودة، وهو كما إذا ادعى الرجل الخسيس: أنه أقرض ملكًا مالًا، أو نكح ابنته، أو استأجره لسياسة دوابه، أو ما جرى هذا المجرى، وهذا مردود.

والذي ذكره لا تعويل عليه، ولا يسوغ في الدين تشويش القواعد بأمثال هذا [الوسواس][(٣)]، ثم ما ذكره رد دعوى بظن، وأما الذي كنّا فيه تعيين المدعي والمدعى [عليه، فرد][(٤)] ذلك إنما يتعلق بأمارات تغلب على الظنون.

واعلم أنه قد يوهم إيراد الغزالي أن الخلاف الذي ذكرناه في حد المدعي والمدعى عليه - قولان منصوصان، ويقويه أن الفوراني قال: اختلف قول الشافعي في

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: و.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: رد.

صورة المدعي والمدعى عليه، وحده، فقال في موضع: [المدعي](١) من يدعي أمرًا باطنًا، والمدعى [عليه](٢) من يدعي أمرًا ظاهرًا. وقال في موضع: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته.

لكن الذي حكاه القاضي الحسين: أن القولين استنبطهما(٣) القفال من اختلاف قول الشافعي في مسألة إسلام الزوجين، وقد ينبه الخلاف في الفروع على الخلاف في الأصل المبني عليه إذا لم يمكن تخريج ذلك إلا على أصل واحد. وتبعهُ الإمام والبغوي في ذلك؛ ولأجله ادعى الرافعي أنه المشهور، ثم اعترض على ذلك بأمور.

فقال في الأول منها: إنه يمكن أن يعكس ما ذكروه من البناء، ويقال: [إن قلنا](٤): إن المدعي من يترك وسكوته، فالمدعي في مسألة اختلاف الزوجين إنما هو الزوج؛ لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطلبها ترك، وهي لا تترك لو سكتت وأعرضت. وإن قلنا: إن المدعي من يذكر خلاف الظاهر، فهي المدعية؛ لأنها تزعم ارتفاع النكاح، والظاهر دوامه.

والثاني: ما المعنى بالظاهر في قولنا: إن المدعي من يخالف الظاهر، أيعني به مطلق ما يدل عليه، أم يعني به الظن(٥) الأرجح والأغلب، أم استصحاب ما كان من وجود أو عدم؟

إن عنينا الأول، لزم أن يكون لكل واحد من المتداعيين أبدًا؛ لأن دليلًا ما يدل على [صدق](٦) هذا، و(٧) آخر يدل على براءة هذا.

وإن عنينا الظن الأغلب والأرجح(٨)، فهذا يختلف بالأشخاص والأحوال والقرائن الواقعة في الحادثة: فتارة يكون الأغلب على الظن صدق الطالب، وأخرى صدق المنكر.

وإن عنينا استصحاب ما كان، فلم تجعل المرأة مدعى عليها إذا قلنا: إن المدعى عليه من يوافق الظاهر، وهي لا تستصحب شيئًا، بل تترك استصحاب [الأصل](٩) الذي كان؟!

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ، ع.
(٣) في أ: أثبت.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: الظاهر.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ص: أو.
(٨) في ص: الراجح.
(٩) سقط في ص.

والثالث: لا شك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس معينًا لعينه، وإنما الزوج يبغي استدامة النكاح في الصورة الأولى، وهي تزعم ارتفاعه؛ فيشبه أن يقال: كل واحد منهما مدَّعٍ بشيء، فأما الزوج فإنه في استدامة النكاح وطلب طاعتها كطالب مال من غيره، وأماً هي فرافعة[١]؛ كمن يقول: إنك أبرأتني، [أو: إني][٢] أديته.

فإن قلنا: يحلف الزوج، فهو قياس دعوى الروافع.

وإن قلنا: تحلف المرأة، فسببه تقوِّي جانبها بظاهر الحال وإن كانت مدعية؛ كما يحلف المودَع على الرد والهلاك وإن كان مدعيًا، وهذا [طريق][٣] يغني عن تخريج القولين على الأصل المذكور.

قال - رحمه الله-: لا تصح الدعوى إلا من مطلق التصرف فيما يدعيه.

قال ابن الخل: لأن صحة التصرف علم الأهلية، وهي مستفادة بإطلاق التصرف.

ولأن المقصود بالدعوى التسلط على المدعَى به؛ فاشترط أن يكون من أهل التصرف فيه.

وقضية هذا: أن تسمع دعوى السفيه بالدم، وله أن يَحْلِف، ويُحَلِّف؛ إذ له أن يستوفي القصاص، ويعفو عنه، لكنه إذا آل الأمر إلى المال لا يقتضيه، بل يأخذه الولي، وقد صرح به الأصحاب.

وألا تسمع دعواه في المال؛ لأنه ليس بمطلق التصرف فيه، و[هو][٤] ما حكاه القاضي الحسين في باب الامتناع من اليمين، قال: لأنه يقبح أن يدعي ويقول: أيها الحاكم، أدعي عليه ألف درهم يجب عليه تسليمها إلي قيِّمي[٥].

وقد قال الرافعي والماوردي في كتاب القسامة: إنها تسمع منه، ويَحْلِف، [ويحلِّف][٦] والولي يأخذ المال إذا وجب، ولم يحك غيره.

وكذلك قضيته[٧]: ألا تسمع دعوى شخص بأن هذا العبد كان له و[٨] أعتقه، وغصبه فلان، وقد قال: إنها تسمع.

---

(١) في أ: تدافعه.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: القاضي.
(٦) سقط في ص.
(٧) في أ: قضية.
(٨) في أ: أو.

و[كذا][(١)] قضيته: ألا تسمع دعوى المرأة بالنكاح؛ لأنها غير مطلقة التصرف فيه، وقد قال الأصحاب: إنه [إن][(٢)] اقترن بدعواها به دعوى مهر أو نفقة ونحوها، سمعت بلا خلاف، وإن ادعت به مجردًا ففي السماع وجهان في «المهذب» وغيره:

وجه المنع- وهو الأصح في «الوجيز» هنا-: أنها مقرة لغيرها بالحق؛ فكيف تسمع دعواها به؟!

وعلى هذا: لو كانت لها بينة، لم تسمع؛ لأن سماعها فرع قبول الدعوى.

ووجه الجواز -وهو [ظاهر النص][(٣)] في «الأم»، والأصح في «المرشد» و«البحر» و«الوسيط» في كتاب النكاح، وإليه جنح الأكثرون، ومنهم الماوردي-: أنه سبب الاستحقاق؛ فهو حق.

وعلى هذا: [لها][(٤)] أن تقيم البينة على النكاح إن سكت الزوج، وأصر عليه.

ولو أنكرها، قال الإمام: فهل تبطل الدعوى؟ فعلى وجهين مبنيين على أن الزوج إذا أنكر الزوجية، ثم اعترف بها، فهل يقبل اعترافه، أم يمتنع عليه إثبات النكاح بعد تقديم إنكاره؟ وفيه خلاف مطرد في كل من أنكر ملكًا أو حقًّا، ثم زعم أنه غلط في إنكاره، وعاد إلى ادعائه:

فإن قبلنا اعترافه، ومكناه من غشيانها، فلا تبطل الدعوى بإنكاره، ويترتب على الدعوى حقوقها المالية، وتتمكن من إقامة البينة.

وإن قلنا: لا يقبل اعترافه، فلا سبيل إلى إثبات النكاح [عليه][(٥)] فيما يتعلق به، ولكن هل تثبت حقوقها المالية؟ فيه احتمال وتردد.

وحكى قبل ذلك أن صاحب «التقريب» حكى وجهًا ثالثًا، فقال: إن أنكر الزوج أصل النكاح والعقد فلا تقام عليه البينة، وإن اعترف بالعقد، ولكنه زعم أنه شغر عن الولي، أو[(٦)] لم يجر بمحضر [من][(٧)] شاهدين، فأقامت المرأة البينة على أن ذلك النكاح كان مستجمعًا لشرائط الصحة - فيقبل منها، ويثبت النكاح، وتثبت حقوقها، ولها طلب القسم إن كان للزوج نسوة سواها وهذا[(٨)] [لا خير فيه][(٩)]؛ فإنه إذا أنكر

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: الظاهر للنص.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: و.
(٧) سقط في ص.
(٨) في أ: فهذا.
(٩) في أ: منه.

صحة النكاح، فلا أثر للاعتراف بصورة العقد؛ فليحذف هذا من البين.

ثم قال: وهذا كله وراء قولنا: إن إنكار الزوج النكاح أو شرطًا من شرائطه بمثابة الطلاق البين[(١)]؛ كما هو نص الشافعي حيث قال: «إذا قال الرجل: نكحت هذه الأمة، وأنا [واجد طول][(٢)] حرة: إن هذا طلاق[(٣)] بيّن»؛ لأنا قد أوضحنا في الخلع خروج هذا النص عن قياس الأصول[(٤)] ومسيس الحاجة إلى تأويل إن أمكن تأويله؛ فلا تفريع عليه.

والغزالي جعل مادة الخلاف في بطلان الدعوى بالإنكار: أن إنكار الزوجية طلاق، أم لا؟ وتبعه الرافعي، فقالا: إن قلنا: إنه طلاق، فقد بطلت الدعوى، ولها أن تنكح زوجًا غيره، ولا ينفعه الرجوع؛ وهذا ما حكي عن القاضي أبي الطيب في «شرح الفروع».

وإن قلنا: ليس بطلاق كما هو الصحيح، والذي نص عليه الشافعي، حيث قال - [كما][(٥)] حكاه القاضي أبو الطيب في «باب[(٦)] التدبير»-: لو أن المرأة ادعت على رجل الزوجية، وأنكر أنه تزوجها - لم يكن ذلك طلاقًا منه لو كان زوجًا لها، [و][(٧)] لم تبطل الدعوى، وكان كسكوته حتى تقيم البينة عليه، ولو رجع قبل رجوعه، وسلمت الزوجة إليه، وهو اختيار القفال، وشبهه بما إذا قالت: انقضت عدتي قبل الرجعة، ثم قالت: غلطت؛ فإنها تسلم إليه؛ وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، وبه جزم في «الإبانة»، وعليه ظاهر كلام الشافعي في «الأم» - أيضًا - فإنه قال: لو ادعت عليه النكاح، وجحد، كلفت بالبينة، فإن لم تأت بها، أحلف، فإن حلف برئ، وإن نكل ردت اليمين على المرأة، فإن حلفت ألزمته النكاح، وعلى هذا لو لم يكن لها بينة، وحلف الرجل، فلا شيء عليه، وله أن ينكح أختها، وأربعًا سواها، وليس لها أن تنكح زوجًا غيره - وإن اندفع النكاح ظاهرًا- إلى أن يطلقها أو يموت.

---

(١) في ص: المبين.
(٢) في ص: واجدًا لطول.
(٣) في ص: إطلاق.
(٤) في أ: الأصل.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: كتاب.
(٧) سقط في أ.

قال في «التهذيب»: أو يفسخ بإعساره، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكنًا من الفسخ.

قال الرافعي: وليكن هذا مبنيًا على أن للمرأة أن تفسخ بنفسها [أما إذا أحوجناها للقاضي، فما لم يظهر له النكاح، كيف يفسخ، أو يأذن في الفسخ؟!][1].

وينبغي أن يتلطف به الحاكم حتى يقول: إن كنت نكحتها فقد طلقتها؛ ليحل لها النكاح.

وإن نكل الزوج عن اليمين، حلفت، واستحقت المهر والنفقة.

وفي «تعليق» القاضي [الحسين][2]: أنا إذا سمعنا الدعوى، فأنكر، قيل له: احلف، فإن حلف سقط دعواها، وإن نكل عن اليمين، فهل يكون نكوله طلاقًا، أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: بلى؛ لأن الفسخ بيده.

والثاني: لا؛ لأنه ليس بصريح ولا كناية؛ فالحاكم يقول له: إن كنت نكحتها فطلقها؛ حتى يحل الفرج لغيرك، فإن لم يفعل، فوجهان:

أحدهما: لا يحل لها أن تنكح أبدًا.

والثاني: لها أن تنكح.

وفي «الحاوي»: أنه إذا أنكر، وكان لها بينة، سمعت، وإلا أحلف، فإن حلف فلا نكاح، وجاز لها أن تنكح غيره؛ لأن نكاحه قد زال بيمينه.

وإن نكل حلفت، وحكم لها عليه بالنكاح، وله إصابتها والاستمتاع بها، وليس جحود النكاح طلاقًا.

فإن قلت: يمكن الجمع بين ما قاله الشيخ وغيره بأن يقال: مراده بالمطلق التصرف هاهنا: من هو أهل لذلك، وهو البالغ، العاقل؛ كما ذكرتموه في أول البيع، وحينئذ فيكون معنى قول الشيخ: لا تصح الدعوى إلا من بالغ عاقل - كما قاله الغزالي-: أن شرط المدعي أن يكون مكلفًا ملتزمًا.

قلت: لولا قوله: «فيما يدعيه»، لم يبعد ذلك.

ثم إذا جرينا على ظاهر اللفظ، فقد يؤخذ منه أن دعوى الحسبة لا تسمع فيما

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في ص.

يسوغ فيه شهادة الحسبة؛ كما إذا ادعى أن فلانًا أعتق مملوكه؛ لأنه ليس بمطلق التصرف فيه، وهو ما حكاه الإمام في كتاب العتق عن العراقيين.

وفي «تعليق» القاضي الحسين في باب وطء المدبرة: أنه لو ادعى على أجنبي أنه أعتق عبده الصغير، أو ادعت الأمة على سيدها عتق ولدها الصغير - سمعت، ويحلف السيد.

وفي كتاب «التهذيب» في سماع دعوى الحسبة حيث تسمع شهادة الحسبة وجهان.

وذكر الماوردي في كتاب قاض إلى قاضٍ: أن رجلًا أو امرأة لو ادعى واحد منهما: أن له ولدًا آخر في بلد آخر، وسأل القاضي سماع بينة بنسبه وحريته، أو بأنه ولد على فراشه؛ ليكتب به إلى قاضي ذلك البلد - فيجوز للقاضي أن يسمع البينة، ويكتب بها إن كان الولد قد مات، أو ذكر أنه في قيد من أسره، ولو كانت البينة تشهد بحرية الولد، ولم تشهد بنسبه، لم يسمعها، ولم يكتب بها؛ لأن الطالب إذا لم ينسب له، لم يكن له حق في الطلب.

وإن كانت البينة تشهد بالنسب دون الحرية، فإن كان ثبوته موجبًا للحرية، سمعها، وكتب بها، وإلا فلا يسمعها، ولا يكتب بها.

ولو لم يذكر الطالب استرقاق الولد ولا موته، فلا يجوز أن تسمع البينة؛ لأنه لا يتعلق بها في الحال حق لطالب ولا مطلوب.

تنبيه: اقتصر الشيخ على ذكر صفة المدَّعِي؛ لدلالتها على صفة المدَّعَى عليه من طريق الأولى؛ لأن مقصود المدَّعِي التحصيل، والمقصود من المدَّعَى عليه ضده؛ فإذا اعتبرنا إطلاق التصرف في المحصل، فلأن نعتبره في الغارم أولى.

لكن قد قال الأصحاب: إن الدعوى على السفيه [تسمع][1] بالجنايات الموجبة للمال وإن قلنا: لا يقبل إقراره بها، وكذا بالمال؛ [كما][2] حكاه الماوردي؛ لرجاء النكول؛ إن قلنا: إن يمين الرد مع النكول كالبينة، وإن قلنا: إنها كالإقرار، فلتقام عليه البينة إن أنكر.

نعم، لو لم يكن ثم بينة، لكن طلب اليمين فهل يحلف؟

---

(١) سقط في أ. (٢) سقط في أ.

إن قلنا: يقبل إقراره، حلف، وكذا إن لم نقبله، وقلنا: يمين الرد مع النكول كالبينة.

وإن قلنا: إنها كالإقرار، ففي تحليفه وجهان أوفقهما لكلام أكثرهم: أنها لا تعرض، وهو ما أورده البندنيجي.

وأصحهما عند الغزالي: العرض؛ لأنه قد يحلف فتنقطع الخصومة؛ وهذه طريقة أبي حامد وغيره.

قال الرافعي: ومنهم من يطلق الخلاف في سماع الدعوى بالخطأ وشبه العمد من أصلهما، ويبنيه على الخلاف في [أن] [(١)] إقراره بالإتلاف هل يقبل؟ فإن لم نقبله انبنى على أن يمين الرد كالبينة، أو كالإقرار؟ فإن قلنا: كالبينة، سمعت، وإلا فلا.

وليحمل هذا على ما ذكره الأولون؛ فإنهم جميعًا متفقون على أنه لو أقام بينة تسمع، وسماع البينة مسبوق بسماع الدعوى.

وقال الأصحاب: إن الدعوى على العبد بما يوجب القصاص مسموعة، وكذا بحد القذف؛ لأن إقراره بهما مقبول.

وكذا تسمع الدعوى عليه بقتل الخطأ إن كان هناك لوث؛ كما قاله البغوي وغيره في كتاب القسامة، ويحلف المدَّعِي، وتتعلق الدية برقبته. وإن لم يكن ثم لوث، فلا خلاف في سماع الدعوى به على السيد، وهل تسمع على العبد؟ الذي حكاه الماوردي في باب دعوى الدم: السماع؛ قال: لتعلقها إن أقر بذمته حتى يؤديها بعد عتقه، وقال: إنه إذا حلف كان للمدعي أن يدعي على السيد.

[وكذا لو ادعى على السيد][(٢)] أولًا، فحلف، كان له أن يدعي على العبد، بخلاف ما إذا أقر السيد؛ فإنها تتعلق برقبة العبد، سواء[(٣)] كان مقرًّا أو منكرًا.

نعم، لو ادعى على العبد، فنكل، وحلف المدَّعِي، فهل تتعلق برقبته؟

قال: إن قلنا: إن يمين الرد مع النكول كالبينة، فنعم، وإلا فلا، واقتصر التعلق على الذمة؛ وهذا ما حكاه ابن الصباغ، وهو الذي يقتضيه كلام البغوي الذي سنذكره.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) زاد في أ: إن.

ومنهم من قال: لا تتعلق بالرقبة[١]، وإن قلنا: إن يمين الرد مع النكول كالبينة، وهو الذي اقتضى إيراد الغزالي ترجيحه؛ لأن جعلنا إياها كالبينة في حق المتداعيين، لا في حق غيرهما.

وهذان الطريقان يشابهان الطريقين اللذين حكيناهما في باب العاقلة فيما إذا ادعى على الجاني قتل الخطأ، فأنكر، وحلف المدَّعِي -في أن العاقلة هل تحمل العقل أم لا؟ والذي أورده القاضي الحسين في باب موضع اليمين: أنها لا تسمع على العبد بحال، وأنما تسمع على السيد، وهو الذي أورده القاضي أبو الطيب في باب دعوى الدم.

وقال الرافعي: إن البغوي قال في مداينة العبيد: إن كان للمدعي بينة، سمعت الدعوى على العبد. وهو قياس ما حكيناه [عنه][٢] عند وجود اللوث.

وإن لم يكن ثم بينة، فإن جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة، سمعت -أيضًا- فلعله ينكل، فيحلف المدَّعِي. وإن قلنا: إنها كالإقرار، فلا تسمع.

وغير[٣] البغوي بنى سماع الدعوى عليه على أن أرش الجناية هل يتعلق بذمة العبد مع رقبته؟ إن قلنا: لا؛ فلا تسمع؛ وإن قلنا: نعم؛ فلا طلبة ولا إلزام[٤] في الحال، وإنما هو شيء يتوقع من بعد؛ فيكون كالدين المؤجل، وسنذكر في سماع الدعوى بالدين المؤجل خلافه، والأصح: عدم السماع، فإن سمعناها، فله تحليف العبد، فإن نكل وحلف المدَّعِي اليمين المردودة[٥] تعلق بذمته، وهل يتعلق بالرقبة؟ فيه الطريقان [السابقان][٦].

قال الرافعي: وفيما ذكره البغوي من السماع حالة وجود البينة نظر؛ لأن ظاهر كلامه يقتضي تعلق الأرش بالرقبة بإقامة البينة في وجه العبد، لكن الرقبة للسيد، فينبغي أن تقام البينة في وجهه أو[٧] وجه نائبه، والمتوجه أن يقال: لا تسمع الدعوى عليه، ولا البينة إن قصرنا التعلق بالرقبة، وتسمع البينة إن أثبتنا الأرش في ذمته؛ تفريعًا على الأصلين المذكورين.

---

(١) في ص: الرقبة.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ: عن.
(٤) في ص: التزام.
(٥) في أ: المردود.
(٦) سقط في ص.
(٧) في أ: و.

قلت: وقضية ما ذكره في منع سماع البينة عند التعلق بالرقبة؛ لأجل تعلق حق السيد بها[(١)] - أن يقال بمثله في عدم سماع البينة على السفيه بجناية الخطأ، وكذا على الرشيد؛ لأجل تعلق ذلك بالعاقلة؛ إذا قلنا: إن العاقلة يحملون ذلك ابتداء، دون ما إذا قلنا: إنه يتعلق بالجاني ثم تتحمله[(٢)] العاقلة، وقد ادعى الوفاق على السماع، وذلك يبطل ما ذكره هاهنا؛ على أنه قد يمكن أن يفرق بينهما.

قال: ولا تصح دعوى مجهول إلا في الوصية؛ لأن الدعوى مقابلة بالتمليك، والتمليك بالوصية لا تنافيه الجهالة؛ فالدعوى بها لا تنافيها الجهالة؛ كذا قاله القاضي الحسين.

وأيضًا: فإنا لو لم نصحح دعواه بها مع الجهالة، لأدى ذلك في الغالب إلى ضياع حقه؛ فإن الدعوى إنما تكون عند منازعة الورثة له، وفي هذه الحالة يبعد اطلاعه عليها.

وقد وجهه الشيخ أبو علي بأنه يمكن إثبات ذلك بالبينة، وكل ما أمكن إثباته بالبينة، سمعت الدعوى به.

قال ابن أبي الدم -رحمه الله-: وهذا يبطل بدعوى الإقرار المجرد؛ فإن إقامة البينة به صحيحة بلا [خلاف][(٣)].

والأصح: أنه لا تسمع الدعوى به.

وما ذكره الشيخ هو ما أورده الجمهور، ومنهم القاضي الحسين في موضعين من باب: «ما على القاضي في الخصوم»، ونسبه في كتاب الإقرار إلى قول أصحابنا كلهم، وقال في كتاب الإقرار: والذي عندي أن الدعوى بالوصية[(٤)] مجهولة لا تسمع؛ لأنه يمكنه تفسير دعواها، ويدعي على الورثة أن مورثهم أوصى له [هو][(٥)] بمال، وأراد به كذا، أو يعلم هو أنه أراد به كذا، فإن أنكر حلف، [فإن نكل، حلف][(٦)] المدَّعِي على ما ادعاه مفسرًا من المال، واستحق دعواه.

قال الإمام: والوجه عندنا ما قاله الأصحاب؛ لما ذكرناه.

---

(١) في أ: بهذا.
(٢) في أ: تتحمل.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: في الوصية.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

قال: [فأما ما[1]][2] **سواها فلا بد من إعلامها** - أي: تعريفها ووصفها- لأن المقصود فصل الخصومة، وإلزام الحق، وذلك لا يمكن في المجهول.

وقد وافق الشيخ فيما ذكره البندنيجي في باب الاستعداد، والماوردي في باب «ما على القاضي في الخصوم»، وكذلك القاضي الحسين في موضعين منه، وفي كتاب الإقرار، وتبعه فيه البغوي والإمام.

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب، و«الشامل»، و«الإشراف»: إلحاق دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية بالمجهول في الصحة، وكذلك حكاه ابن أبي الدم عن الشيخ أبي علي، وهو المختار في «المرشد».

ووجهه[3] ابن الصباغ بمعنى[4] ما أورده القاضي أبو الطيب، وهو أنه لما صح أن يقر له بمجهول[5] فيلزمه، صح أن يدعى عليه أنه أقر له بشيء مجهول.

وقضية هذا التعليل: أن تصح الدعوى بالإبراء عن المجهول إذا صححناه، ويكون مما يستثنى - أيضًا - وقد صرح به [في][6] «الإشراف».

وقد فرق الماوردي بين الإقرار بالمجهول، والدعوى به: بأنه إذا أقر فقد تعلق بالإقرار حق لغيره؛ [فلزم بالمجهول؛ خيفة إنكاره، ولم يتعلق بالدعوى حق لغيره][7].

والقاضي الحسين في كتاب الإقرار فرق بأن الدعوى حظه، فردها إلى الجهالة [لا][8] يؤدي إلى إلحاق مضرة به؛ لأنه يمكنه أن يفسر دعواه، بخلاف الإقرار؛ فإنه حظ الغير، فلو رددناه بالجهالة، أدى إلى الإضرار بالغير.

وقد رجع حاصل ما ذكرناه إلى أن الدعوى بالإقرار بالمجهول، هل تصح أم لا؟ وفيه[9] خلاف، وهو قضية ما حكيناه من تعليل الشيخ أبي علي في الدعوى بالوصية مجهولةً؛ لأن الشهادة بالإقرار بالمجهول هل تسمع؟ فيها وجهان:

وأصحهما في «تعليق» القاضي الحسين في هذا الباب، وكتاب الإقرار: المنع.

---

(١) في التنبيه: فيما.
(٢) في ص: وأما.
(٣) في أ: ووجه.
(٤) في أ: معنى.
(٥) في أ: مجهول.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ص.
(٩) في أ: وفيها.

وقال ابن أبي الدم: الوجه عندي: بناء صحة الدعوى بالإقرار بالمجهول على شيء حكاه الإمام، وهو أن من أقر بشيء مبهم، وامتنع من تفسيره، فهل يحبس حتى يفسره؟ وفيه خلاف للأصحاب، والذي مال إليه الجمهور: أنه يحبس.

ومنهم من [قال](١): لا يحبس لامتناعه من(٢) تفسيره، لكن يقال للمدعي: ادَّعِ [عليه](٣) حقًّا معلومًا، فإن أقر به أخذ منه، وإن أنكر حلف، و[إن](٤) قال: لست أدري؛ كان إنكارًا منه، فإن أصر عليه بعد عرض اليمين عليه، جعلناه ناكلا، ورددنا اليمين على المدَّعِي.

قال الإمام: وهذا حسن منقاس.

قال ابن أبي الدم: فإن قلنا: يحبس المقر [حتى يفسر](٥)؛ فينبغي سماع الدعوى بالإقرار بالمجهول.

قلت: لأنها دعوى ملزمة.

وإن قلنا: لا يحبس؛ فينبغي ألا تسمع دعوى الإقرار بالمجهول؛ إذ لا فائدة فيها إذا آل الأمر إلى تكليف المقر له ذكر قدر معلوم والدعوى به.

وما ذكره مستمد مما ذكره ابن يونس، وهو حسن.

وقد قال الغزالي في كتاب الإقرار: فإن قيل: كيف يصح الإقرار بالمجهول، ولا تصح الدعوى به؟

[قلنا: لا فرق بينهما؛ لأن المقر يطالب بالتفسير، وكذلك المدَّعِي](٦).

وهذا مجموع ما رأيته في هذه المسألة.

وقد استثني - أيضًا، مع ما ذكرناه-: دعوى الطريق في ملك الغير، أو حق إجراء الماء؛ حيث قالوا: لا يحتاج إلى إعلام مقدار الطريق، والمجرى؛ على الأشهر فيما حكاه القاضي أبو سعد(٧) في «الإشراف»، وأنه يكفي تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق والمجرى.

وكذا تصح الشهادة المترتبة عليها.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص، ع: عن.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: سعيد.

وعن [ابن][(١)] أبي علي الثقفي: أنه لا بد من إعلام [قدر][(٢)] الطريق والمجرى.

قال: وكذلك لو باع بيتًا من دار، وسمى له طريقًا، ولم يبين قدره - لا يصح.

قال القاضي: والذي عندي: أنه لا يشترط هذا الإعلام في الدعوى، ولكن يؤخذ على الشهود [إعلام][(٣)] الطريق، ومسيل[(٤)] الماء بالذُّرعان؛ لأن الشهادة أعلى شأنًا؛ فإنها تستقل بقوة إيجاب الحكم، بخلاف الدعوى.

واعلم أن جميع ما ذكرناه فيما إذا كان المطلوب متعينًا، فأما من حضر ليطلب[(٥)] ما يعينه القاضي له: كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا: لا يجب المهر بالعقد، وكالواهب يطلب الثواب؛ إذا قلنا: إن الهبة تقتضيه، ولم يقدر الثواب - فلا يتصور إعلام وتعيين[(٦)] [فيه][(٧)]؛ كذا قاله في «الإشراف»، وتبعه الرافعي، ويلتحق بذلك دعوى المتعة والحكومة.

فائدة: ما ذكرناه من كلام [ابن][(٨)] الصباغ، والقاضي أبي الطيب في تعليله صحة الدعوى بالمجهول، مصرح بأن الدعوى «بأنه أقر لي بكذا» مسموعة.

وقد حكى الإمام في سماع هذه الدعوى وجهين، وأنهما جاريان في صور:

منها: إذا ادعى المدَّعَى عليه بعد قيام البينة [عليه][(٩)] أن المدَّعِي يعلم قدح شهوده، فهل تسمع دعواه للتحليف أم لا؟

وكذا فيما إذا ادعى المدَّعَى عليه أن المدَّعِي قد أقر له بالعين، ولم يقل: هي ملكي، بل اقتصر على دعوى الإقرار.

وكذا فيما إذا توجهت اليمين على شخص، فقال: قد حلفني مرة أخرى.

وضبط الغزالي قاعدة هذا الخلاف بأن ما ليس بعين الحق ولكن ينتفع به في الحق، هل تسمع الدعوى فيه؟ فيه خلاف، ثم استدرك، فقال: ولا خلاف أنه لا تسمع الدعوى على القاضي والشاهد بالكذب[(١٠)]، ولا يتوجه الحلف وإن كان ينفع ذلك؛ لأنه يؤدي فتح بابه إلى فساد عظيم عام.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: سبيل.
(٥) في أ: لطلب.
(٦) في ص: تتعين.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: المكذب.

والأصح في «التهذيب» عدم سماع دعوى فسق الشهود؛ للتحليف.

والأصح في «النهاية» في كتاب الإقرار: عدم سماع دعوى الإقرار، وأشار إليه في «الوسيط»، وهو موافق لما حكيناه في باب حد القذف: أن القاذف لو ادعى على المقذوف أنه[(١)] زنى: أن أصح القولين -كما حكاه الإمام، والقاضي الحسين، والبغوي، وغيرهم-: عدم السماع، لكن الأكثرين قالوا [بالسماع][(٢)] في هذه الصورة، وقياسه: أن يطرد في المسائل المذكورة إن لم نفرق بأن الحدود مبنية على المساهلة، بخلاف غيرها.

ثم ما ذكره الإمام من تصوير محل الخلاف فيما إذا ادعى المدَّعَى عليه على المدَّعِي أنه: أقر لي بالعين، ولم يقل: هي ملكي، بل اقتصر على دعوى الإقرار - يفهم أنه لو قال: [هي ملكي، وقد أقر لي بها: أنها تسمع، بلا خلاف، ويقوي ذلك أنه قال][(٣)] في كتاب الإقرار: إن المقر بالشيء إذا فسره بمقبول، فقال المقر له: لم ترد بلفظك ما أظهرته، وإنما أردت أكثر من ذلك - فقد قال المحققون: لا يقبل هذا الكلام من المقر له.

والوجه أن يقول المقر له: قد فسرت إقرارك بالشيء بدرهم، ولي[(٤)] عليك عشرة، وأنت أردت بالشيء عشرة؛ فإذا قال ذلك اتجه كلامه، وكأنه يقول: دعواي صحيحة، [و][(٥)] إقرارك حجة عليها.

وحق المقر أن يقول: بالله لا يلزمني التسعة الزائدة، ولم أرد بقولي إلا الدرهم.

وقضية هذا -إن صح تقريره؛ كما ذكرناه- أن يجري مثله في كل صورة تشابهها.

لكن القاضي الحسين قال في هذا الباب: لو قال رجل للحاكم: لي عند فلان ألف درهم، حلفه بأنه ما أقر لي بالأمس بألف درهم، هل تسمع دعواه؟ فيه وجهان؛ وهذا يقتضي أنه لا أثر لهذه الزيادة في منع إجراء الخلاف، والله أعلم.

قال: وإن[(٦)] **كان المدَّعَى دينًا، ذكر الجنس والقدر والصفة**؛ أي: التي تختلف بها الأغراض؛ لأن بذلك يحصل التعريف، ويقول: لي عليه - أو عنده؛ كما قال[(٧)] في

(١) في ص، ع: بأنه.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ص: فلي.
(٥) سقط في أ.
(٦) في التنبيه: فإن.
(٧) في أ: قاله.

«البحر»- ذهب دينار عتيق، أو فضة درهم جديد، أو[١] قمح صاع صفته كذا، ويذكر صفات السلم، ونحو ذلك؛ فإن قوله: ذهب، وفضة، وقمح، وشعير - بيان للجنس[٢]، وقوله: دينار، ودرهم، وصاع - بيان للقدر، وقوله: عتيق، أو جديد، ومن صفته كذا - بيان للصفة[٣].

وقد فسر ابن يونس الصفة بأن يقول: قاساني أو سابوري، وهذا بيان نوع، لا بيان صفة، وقد نبه على ذلك الشيخ في باب الربا، ولا يتوهم أن النوع والصفة شيء واحد؛ لأنه قال في «المهذب»: إنه يذكر في الدين الجنس، والنوع، والصفة، وسكت عن ذكر القدر؛ للعلم بأنه لا يحصل التعريف بدونه.

وقضية ذلك أن يكون المعتبر عنده ذكر أربعة أشياء: الجنس، والنوع، والقدر، والصفة في كل دين يدعى به.

وقد اعتبرها الماوردي، وتبعه في «البحر» فيما إذا كان الدين أجرة، أو ثمن مبيعٍ، أو قيمة متلف، وأنه لا يجوز أن يطلق ذكر الدراهم والدنانير في الدعوى وإن[٤] جاز إطلاقها في الأيمان؛ لأن زمان العقد يقيِّد صفة الأيمان بالغالب من النقود، ولا يتقيدُ ذلك بزمان الدعوى؛ لتقدمها عليه.

وقالا فيما إذا كان الدين سلمًا: لا بد من استيفاء صفات السلم كلها.

وكلام الشيخ لا يأبى ما قالاه في الحالين إن أجري كلامهما على ظاهره، لكن قد يقال: إن مرادهما بصفات السلم: شرائط السلم؛ كما صرح به الماوردي في كتاب الدعاوى وغيره، وحينئذ لا يكون كلام الشيخ متناولًا لذلك.

وقد عدَّ كون الدراهم بيضًا أو سودًا، وكون الدنانير مشرقية أو مغربية من اختلاف الأنواع.

وكذا ذكر الصائغ[٥] إن نسبت الدراهم والدنانير إلى صائغ.

وقالا: إن ذكر العتق والجدة، والصحة والتكسير - لا يشترط عند عدم اختلاف القيمة بهما إذا لم يكن الدين سلمًا.

---

(١) في أ: و.
(٢) في أ: الجنس.
(٣) في أ: الصفة.
(٤) في ص: فإن.
(٥) في أ، ع: الطابع.

وقريب من ذلك ما قاله القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ: أن الدعوى إن كانت في الأثمان؛ فلا بد من ذكر الجنس والنوع والقدر؛ فنقول: ثلاثة دراهم راضّة.

قال ابن الصباغ: وإن اختلفت الصحاح والمكسرة، قال: صحاح أو مكسرة.

وقول البندنيجي: ولا بد أن(١) يذكر(٢) صحاحًا أو مكسرةً - محمولٌ على ذلك، وإليه يرشد قول القاضي أبي الطيب: ومن أصحابنا من قال: ويذكر أنها صحاح أو قراضة؛ لأن بينهما [تفاوتًا](٣).

قال: وإن كان عينًا يمكن تعيينها: كالدار، والعين الحاضرة؛ عينها؛ لوقوف العلم هاهنا على ذلك.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون المدَّعَى عليه حاضرًا أو غائبًا، ويجوز الحكم بذلك في الحال؛ كما صرح به القاضي الحسين وغيره.

واعلم أنه قد يتوهم أن المراد بتعيين الدار: [أن](٤) يحضرها القاضي عند الدعوى، وليس [المراد ذلك](٥)، بل المراد: أن يبالغ في وصفها كما قال الإمام، فيذكر البلد التي هي فيه، والمحلة والسكة منها، وموضع الدار، وأنها الأولى أو غيرها، على يمين الداخل أو يساره، أو في صدر السكة إن لم تكن نافذة، ثم يتعرض إلى الحدود، وينهي الأمر إلى غاية تفيد اليقين في التعيين.

قال الإمام: فإذا فعل ذلك، فكان المدَّعِي والشهود على بعد من الدار، أشاروا إليها.

قال الماوردي: ولا يكفي ذكر ثلاثة حدود دون الرابع. وقد ذكر في البيع: أنه لو باع دارًا، وذكر حدودها الأربعة؛ صح، وإن ذكر حدين، لم يصح، وإن ذكر ثلاثة فوجهان؛ وهذا ينبغي أن يكون في الدعوى بها.

وحكى الغزالي وجهًا: أنه لا بد من ذكر قيمة الدار، والأصح: أنه لا يشترط.

وهذا في الدار المجهولة عند الحاكم، أما إذا كانت مشهورة باسم في البلد، بحيث لا يشاركها غيرها فيه: كدار الندوة بمكة - ميزها بذكر الاسم؛ لأنه زيادة علم؛ كذا قاله الماوردي.

---

(١) في ص: وإن.
(٢) في أ: تكون.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: كذلك.

وكلام القاضي الحسين يقتضي [أن][١] محل اشتراط ذكر الحدود الأربعة إذا لم يحصل العلم إلا بها؛ فإنه قال: وذكر الحدود الأربعة ليس بشرط حتى [لو كان][٢] يصير معلومًا بذكر حد [واحد][٣] أو حدين، يكتفى به.

قال الماوردي: ولفظ الدعوى في الدار ونحوها أن يقول: «لي في يده»، ولا يقول: «لي عنده»، ولا: «عليه»، وهذا بخلاف ما إذا ادعى عبدًا، أو دابة حاضرة؛ فإنه يجوز أن يقول: «لي عنده»، وكذا: «لي عليه» عند بعض أصحابنا، ولم يجزه بعضهم.

قال: وإن لم يمكن تعيينها؛ أي: لكونها منقولة غير حاضرة، إما في ذلك المجلس [وهي ثقيلة][٤]، أو في ذلك البلد - ذكر صفتها[٥]؛ أي: المعتبرة في السلم إن أمكنت؛ كما صرح [به][٦] البندنيجي وأبو الطيب، وتبعهما ابن الصباغ؛ لحصول المقصود بذلك.

وفي «الحاوي»: أن الاقتصار على ذكر صفات السلم إنما يكون في المتلفات، أما في غيرها: كالثياب، والعبيد، فيلزم أن يستوفي جميع أوصافه، وهو ما في «النهاية».

قال: بخلاف ما إذا كان مسلمًا فيه؛ لأن مقصود التمييز في الأعيان يخالف مقصود الإعلام في السلم؛ لأنه إذا أفرط وتناهى فيه، فقد ينتهي إلى عزة الوجود، وذلك ممتنع في السلم؛ فكان من ضرورته ترك الإطناب في الوصف، والغرض من وصف المدعي الوصول إلى تعيين الشخص من بين الجنس.

قال: وإن ذكر القيمة فهو آكد؛ لما يحصل به من مزيد الاحتياط؛ وهذا ما حكاه العراقيون: كالبندنيجي، وأبي الطيب، وابن الصباغ، والقاضي الحسين أيضًا.

وفي «الرافعي»: أنه بم يضبط المدعي بعد ذكر الجنس، والنوع؟ حكى القاضي أبو سعد الهروي وغيره فيه قولين:

أحدهما: أنه يتعرض للأوصاف التي يعتبر ذكرها في السلم.

والثاني: أنه يتعرض للقيمة، ويستغني بها عن ذكر الأوصاف.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في التنبيه: صفاتها.
(٦) سقط في أ.

ثم قال: قالوا: والصحيح أن الركن في التعريف لذوات الأمثال: ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب، وفي تعريف ذوات القيم الركنُ: القيمة، وذكر الصفات مستحب.

أما إذا لم يمكن ضبطها بالصفات: كالجواهر، والياقوت، فيقول: جوهر أو ياقوت قيمته كذا، وذكر القيمة شرط؛ لأنه لا يصير معلومًا بغيره؛ كذا قاله القاضي أبو الطيب، والبندنيجي، وابن الصباغ.

وفي «الحاوي»: أن عليه أن يذكر الجنس، والنوع، وإن كان مختلف الألوان ذكر اللون، ثم حرر الدعوى ونفى الجهالة بذكر القيمة؛ لأنه لا يصير معلومًا إلا بها.

وفي «التهذيب»: أن الغائبة إذا لم يمكن وصفها؛ بعث الحاكم إليها من يسمع الدعوى على عينها؛ قاله في باب الامتناع والقضاء باليمين.

ولا فرق في سماع الدعوى بما يمكن ضبطه بالصفة بين أن يكون المدعى عليه حاضرًا أو غائبًا؛ صرح به القاضي الحسين.

نعم، إن كان حاضرًا، فأقر بالمدعى؛ ألزم بتسليمه، فإن أحضر شيئًا متصفًا بالصفات المذكورة، وقال: إنه الذي أقر به، فإن صدقه المقر له فلا كلام، وإن قال: المقر به غيره، فالقول قول المقر في نفي ما ادعاه، ولا يلزمه تسليم ذلك إليه؛ لأنه لا يدعيه؛ قاله ابن الصباغ في كتاب الإقرار.

قلت: ويظهر أن يقال: فيما يفعل بما أحضره الخلاف الآتي.

ولو قال: هذا الذي أحضرته لي، والذي أقررت به - [قال][1] ابن الصباغ: قلنا له: خذ هذا، والقول قوله فيما يدعيه.

وإن أنكر المدعى عليه، فإن لم يكن للمدعي بينة؛ حلف له.

وإن قال: لي بينة تشهد على عينها، فإذا عرف المدعى عليه أن مثل العين الموصوفة في الدعوى عنده، أمره الحاكم بإحضارها؛ لتقوم البينة على عينها.

وإن أنكر كون مثلها في يده، فإن لم يكن للمدعي بينة تشهد على أن مثلها في يده، فله تحليفه على ذلك.

قال الغزالي: وطريق الجزم: أن يصرف الدعوى إلى القيمة، ويثبت المالية بالشهادة

---

(١) سقط في أ.

على الوصف مهما لم يطلب العين.

فإن قال: أدعى عبدًا صفته كذا، وقيمته كذا، فإما أن يرد العين أو القيمة - فهذه دعوى غير محررة؛ ففي سماعها وجهان، ولكن اتفق القضاة على سماعها؛ للحاجة.

فلو لم يفعل ذلك، ولكن طلب عينه: فإن حلف فذاك، وإن نكل وحلف المدعي، أو أقام بينة على أن في يده مثل ذلك - كلفه القاضي إحضاره، ويحبس إلى أن يحضره، أو يدعي التلف؛ فيقبل منه للضرورة.

وإن أحضره، أقام المدعي بينة الملك على عينه، فإن[1] لم يثبت الملك للمدعي قال القاضي الحسين: كانت مؤنة النقل والتحويل عليه.

وإن كان المدعى عليه غائبًا في البلد الذي فيه العين المدعى بها، أو غيره، فإن لم يكن للمدعي بينة، فقد ذكرنا: أنه لا معنى للدعوى على الغائب إذا لم تكن ثم بينة.

وإن كانت له بينة، فهل تسمع؟ ينظر:

فإن كان المدعى به مشهورًا: كعبد مشهور معروف من عبيد السلطان، أو دابة كذلك، أو ثوب مشهور، لا نظير له - كما قاله البندنيجي- سمعت، وحكم بها؛ كما في العقار؛ صرح به البندنيجي وابن الصباغ.

وإن كان عينًا لا تتميز إلا بالوصف: كالثوب، والعبد غير المشهور، وجميع المنقولات التي لا تعرف، فهل تسمع أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما : لا؛ لكثرة الأشباه والصفات، والحلى تتشابه.

ولأن المشهود به مجهول العين؛ فلا يكفي فيه الوصف والحلية؛ ألا ترى أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والحلية؟! كذلك المشهود به، ويخالف المشهود عليه إذا كان غائبًا؛ لأن النسب ثم يمنع من الاشتباه؛ وهذا ما رجحه طائفة من الأصحاب؛ منهم: أبو الفرج الزاز، والشيخ أبو علي؛ [كما][2] قاله ابن أبي الدم.

وعلى هذا فلا معنى لدعواه العين.

ثم[3] إن أراد ألا تتعطل ماليته، قال الإمام: فيعتمد قيمة[4] العين، وليربط دعواه

---

(١) في ص: وإن.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: نعم.
(٤) في ص: فيه.

بها، وإن وصف فلا بأس، وتسمع الدعوى والبينة، وينعقد[١] القضاء على المالية؛ كما في الكرباس.

والثاني: تسمع؛ لأنه يمكن ضبطه بالوصف، وقد يحتاج إلى الإتيان في الغيبة؛ فأشبه العقار والمتميز من المنقولات؛ وهذا ما اختاره الكرابيسي والإصطخري، ورجحه ابن القاص وأبو علي الطبري، وبه أجاب القفال في «الفتاوي»، وقال الماوردي: إنه الذي نص عليه في كتاب الدعاوى.

قال ابن الصباغ: ويخالف المشهود له؛ لأنه لا حاجة بنا إلى ذلك؛ فإن الشهادة لا تثبت له إلا بعد دعواه؛ فعلى هذا إذا سمعت هل يقضي بها؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ كما في العقار والمتميز من[٢] المنقولات.

فعلى هذا: إذا حكم وكتب الكتاب إلى قاضي البلد الذي فيه العين، ووصل إليه، حلف المكتوب إليه المدعي: أن هذا المال هو الذي شهد به عند القاضي، وسلم[٣] إليه العين؛ كما ذكره ابن القاص.

وأصحهما - وهو المنصوص عليه؛ كما قال في «الحاوي»، واختاره المزني، والمعول عليه-: لا يقضي؛ لأن الحكم مع الجهالة وخطر الاشتباه بعيد، لكن يكتب القاضي بذلك إلى قاضي البلد [الذي فيه][٤] العين، وإذا وصل الكتاب إليه فماذا يفعل؟ فيه قولان، حكاهما القاضي الحسين:

أحدهما: أنه يبيع ذلك من المدعي بثمن المثل، ويأخذ منه كفيلا بالثمن، ويحضره مجلس القاضي الكاتب، فإن ثبت أنه له أبرأه من الثمن، وإلا طالبه بذلك الثمن؛ وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب في باب اللقطة؛ بناء على عدم العمل بما في الكتاب.

والثاني: وهو ما حكاه الإمام عن ظاهر النص، ولم يحك القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ على هذا القول سواه-: أنه يختم على المدعي، ويجعل في عنق العبد خيطًا مختومًا بحيث لا يخرج عن عنقه، ويأخذ منه كفيلا بقيمته.

وقال الإمام: إن الكفيل في هذه الحالة يؤخذ ببدن المدعي ويسلم المدعى به إلى

---

(١) في أ: وينفذ.
(٢) في أ: كافي.
(٣) في ص: ويسلم.
(٤) في ص: التي فيها.

المدعي أو وكيله؛ ليذهب به إلى القاضي الكاتب؛ ليشهد الشهود على عينه، اللهم إلا أن يكون المدعى أمة؛ فلا تسلم إليه وإن كان ثقة؛ لأنه قد يواقعها؛ لزعمه أنها ملكه، بل يعد لها أمينًا من أهل الرفعة[١]؛ كما حكاه الماوردي عن الإصطخري، وقال في «البحر»: إنه اختيار القفال.

وفي «الإبانة» وغيرها وجه: أنه يسلمها إليه؛ كالغلام.

ثم إن ثبت أن المدعى له سلمه إليه، وكتب إلى ذلك القاضي حتى يبرئ كفيله؛ وإن لم يثبت المدعى [به للمدعي][٢]، رده إلى بلد المدعى عليه، وكانت مؤنة [النقل والرد][٣] على المدعي، وكذا أجرة مثل تلك المدة إن كانت له منفعة؛ كما قاله البغوي والقاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ، وصرحوا بأنه من ضمانه.

قال البندنيجي: ولا يزول الضمان حتى يرده إلى من قبضه منه.

وعن كتاب «الفروق» للشيخ أبي محمد: أن الشهود إذا شهدوا على عينه، ختم عليه خاتمًا ثانيًا[٤]، ويكتب[٥]: «إني حكمت به لفلان»، ويسلمه إلى المكتوب إليه حتى يرده إلى القاضي الثاني؛ فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلم العين إلى المدعي.

وقد حكى الفوراني بدل القول الأول: أنه يسلم الشيء المدعى إلى المدعي، ويأخذ القيمة، ويدفعها للمدعى عليه؛ للحيلولة بينه وبين ما يزعم: أنه ملكه، وهذا قريب من قول أبي الحسن العبادي: أنه إذا سلم العين إلى المدعي، كفله قيمة المال، ثم هذه القيمة مستردة، سواء ثبت أن الملك للمدعي أو لم يثبت: أما إذا ثبت فظاهر، وأما إذا لم يثبت؛ فلأنا أخذناها للحيلولة، فإذا ارتد المال إلى المدعي؛ فلا بد من رد القيمة.

قال الإمام: وما ذكرناه من أخذ الكفيل بالثمن على القول الأول واجب مذهبًا واحدًا، وما ذكرناه من الختم وأخذ الكفيل على القول الثاني احتياطٌ في الواقعة، فلو تركه[٦] القاضي المكتوب إليه؛ فترتيب القضاء ونظمه لا يختلف، ولكن اختلف الأئمة في أن المكتوب إليه هل يكون تاركًا احتياطًا مأمورًا به من غير إيجاب؟

---

(١) في ص، ع: الرفقة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص: الرد والنقل.
(٤) في أ: تامًا.
(٥) في ص: وكتب.
(٦) في أ: ترك.

وإذا تأملت ما بسطناه واختصرته، قلت: في سماع البينة والقضاء في الأعيان المنقولة ثلاثة أقوال، ثالثها: تسمع ولا يقضى بها؛ وهذه طريقة عامة[١] الأصحاب في جميع المنقولات؛ كما قاله الرافعي.

وعلى الثالث منها: ما فائدة السماع؟ فيه قولان:

أحدهما: الإقدام على بيع العين المدعى بها من المدعي، وتسليم العين له مع تبقية الثمن في ذمته؛ اعتمادًا على الكفالة به؛ على رأي، أو ببدن المدعي على رأي.

والثاني: تَسَلُّطُهُ[٢] على نقلها إلى بلد الشهود على رغم من هي في يده، إما ببذل قيمتها؛ للحيلولة على رأي، أو بكفالة شخص على رأي.

ووراء ما عليه كافة الأصحاب طريقان:

إحداهما: طريقة[٣] الماوردي، وهي أن الحكم بالشهادة على ما ينقل من الأعيان: كالعبد، والدابة، والثوب - قولان، أصحهما: عدم الحكم.

وخرج ابن سريج وجهًا ثالثًا، فقال: إن كان العبد المدعي في غيبته يختص بوصف يندر وجوده في غيره: كشامة في موضع من جسده، أو أصبع زائدة في موضع من يده، أو كان مشهورًا من عبيد السلطان لا يشركه غيره في اسمه ومنزلته وصفته - جاز الحكم بشهادتهم مع غيبته.

وإن شابه عموم الناس في صفته ونعته؛ لم يحكم فيه بالشهادة إلا مع التعيين والإشارة.

قال: ولهذا التخريج وجه، لكنه نادر، وإطلاق القول يكون على الأعم الأغلب.

فإذا قيل بعدم الحكم في الغيبة؛ ففي سماع الشهادة قولان:

فإن قلنا بالسماع، كتب به إلى قاضي البلد الذي فيه المطلوب، فإذا وصل الكتاب إليه، لم يحكم بالعبد إلا أن يعينه الشهود.

قال الشافعي: ويستفاد بهذه الشهادة وإن لم يقع الحكم بها إلا مع التعيين من الجهتين: ألا يتكلف الثاني الكشف عن عدالتهم، ولا يتكلف الشهود إعادة شهادتهم، وإنما يقتصرون على الإشارة بالتعيين، فيقولون: هذا هو العبد الذي

---

(١) في أ: عليها.
(٢) في ص: والثالث: لتسلطه.
(٣) في أ: موافقة.

شهدنا بأنه لفلان عند القاضي فلان.

قلت: وفي هذا النص ما يعرفك: أن حضور من شهد عند القاضي الكاتب(١) بالثبوت خاصة، عند المكتوب إليه قبل الحكم - لا يقتضي إعادة الشهادة؛ وهذا ما وعدت بذكره من قبل.

قال الماوردي: وعندي فائدة ثالثة، وهي إذا مات العبد، فيستحق بهذه الشهادة على المطلوب ذي اليد قيمته على نعته وصفته.

وإن قلنا: يحكم بالشهادة في الغيبة، أحضر القاضي المكتوب إليه العبد، وصاحب اليد، وقال له: هذا العبد هو المنعوت بهذه الصفة، فإن اعترف بها، حكم عليه بتسليمه إلى طالبه، وإن أنكر أن يكون هو الموصوف المحكوم به؛ ففيه قولان:

أحدهما: أن القاضي يختم في عنق العبد، ويسلمه إلى الطالب المشهود له، مضمونًا عليه، ويأخذ منه كفيلا، ويفعل ما تقدم.

والثاني: أنه ينادي القاضي على العبد، فإذا انتهى ثمنه، قال لمدعيه: ادفع ثمنه يكون مودعًا على يد عدل، وخذ العبد معك، فإن عَيَّنَهُ شهودك؛ حكم القاضي له [به](٢) وكتب برد الثمن عليه، وإن لم يعينوه لك؛ ألزمتك رده واسترجاع ثمنه.

قال: وهذا القول إن أجاب إليه الطالب؛ جاز العمل عليه، وإن(٣) لم يجب إليه، لم يجبره.

والأصح عندي من هذا كله: أن يقبل القاضي الثاني الكتاب، ويحكم(٤) بوجوب ما تضمنه من العبد الموصوف فيه، ويخير صاحب اليد في العبد بين أحد ثلاثة أشياء:

بين أن يسلمه بالصفة المشهود بها إلى طالبه؛ فيلزم الحكم بها.

وبين أن يمضي بالعبد مع طالبه على احتياط من هربه إلى القاضي الأول، فإن عينه الشهود، سلمه إلى الطالب بحكمه، وإن لم يعينوه، خلَّى سبيل العبد مع صاحب اليد.

وبين أن يعدل بالطالب إلى دفع قيمة العبد الموصوف دون العبد الذي في يده.

---

(١) في أ: الكتاب.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: فإن.
(٤) في أ: فيحكم.

فأي هذه الثلاثة فعلها صاحب اليد، فقد خرج به من حق الطالب.

وإن امتنع من جميعها، وقد ثبت استحقاق العبد الموصوف - لم يجز أن تسقط شهادة عدول تثبت بمثلهم الحقوق، وأخذه القاضي الثاني جبرًا بدفع قيمة العبد الموصوف؛ لأنه صار بالاشتباه غير مقدور عليه؛ فجرى مجرى العبد المغصوب إذا أبق، يلزم دفع قيمته.

والطريقة الثانية: طريقة الإمام ومن تبعه، وهي أن الأقوال الثلاثة والتفاريع المذكورة فيها صحيحة فيما إذا كانت العين المدعى بها مما يمكن تعريفها وتمييزها بالصفات والحلى: كالرقيق، والدواب. أما إذا كانت مما [لا](١) يمكن تعريفها وإن بولغ في صفتها: كأذرع من كرباس ونحوه، فلا ترتبط الدعوى فيه والحكم بالعين قطعًا؛ فإنه لا مطمع في انتهاء الوصف إلى مبلغ إفادة التمييز، بل مدعي الكرباس يصفه، ويذكر قيمته، ويرد دعواه إليها، ويقع سماع البينة بحسب ذلك، والشهود يشهدون، وتعويلهم القيمة وإن أطنبوا في الوصف، وذكر القيمة في هذا المقام متعين؛ فإنها عماد القضاء، بخلاف ذكرها في مسألة العبد ونحوها إذ جوزنا القضاء بعينه، أو سماع البينة كما تقدم؛ فإن الأظهر عندنا: أنه لا يشترط ذلك؛ فإن القيمة لا ضبط لها في هذه المنازل إذا كان المطلوب ربط القضاء بالعين، على [أن](٢) بعض أصحابنا اعتبر ذكرها في الإعلام.

قال الرافعي: ولو بحث عن قولهما بأن الدعوى والحكم والبينة ترتبط بالقيمة دون العين؛ لولد البحث إشكالًا صعبًا؛ لأن العين إن تلفت؛ فالمطالبة بالمثل أو القيمة دعوى بالدين، وليس ذلك مما نحن [فيه](٣) في شيء، وما دامت العين باقية، فالمدعي لا يستحق القيمة؛ فكيف يطلبها، وكيف يحكم القاضي بها؟! وإن كان المراد [أنه](٤) يدعي قدر القيمة من المال في يده، ويحكم له بذلك من غير تعيين - فهذا شيء لا عهد به، فإن كان المراد أنه يعتمد في طلب العين والحكم بها ذكر القيمة دون الصفة [والحلى؛ فهذا ذهاب إلى أنه يسمع الدعوى بالعين، ويحكم بها اعتمادًا على القيمة دون الصفة، وذلك](٥) لا يلائم نظمهما.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.

فرع: [إذا قلنا][١] بالقضاء بالبينة -كما ذكرنا- فوصل الكتاب متضمنًا الحكم، وصادفنا على وصف الكتاب عبدًا في يد المكتوب إليه متميزًا، سلمناه إلى المدَّعِي ملكًا ظاهرًا، فإن أرانا المدَّعَى عليه على وصف الكتاب عبدين: إما من ملكه، أو ملك غيره - وقف القضاء، [و][٢] قلنا للمدعي: مر، وراجع[٣]؛ كما ذكرنا مثل ذلك في المدَّعَى عليه؛ إذ ظهر في البلد مثله.

قال: وإن كانت تالفة، ولها مثل؛ ذكر جنسها، وصفتها؛ أي: المعتبرة في السلم، وقدرها؛ ليضبطها بذلك، ويكون المطلوب المثل.

قال: وإن ذكر القيمة، فهو آكد؛ لما ذكرناه.

وإن لم يكن لها مثل، ذكر قيمتها؛ لأنها الواجبة له؛ وهذا ما أورده ابن الصباغ وأبو الطيب والبندنيجي، والقاضي الحسين في باب «ما على القاضي في الخصوم» في هذه المسألة، والتي قبلها، وقد ذكر ابن يونس عقيب قول الشيخ: «وإن لم يكن لها مثل، ذكر قيمتها»: أن ابن الصباغ قال: إن كان يمكن ضبط صفاته، فلا بد من ذكر الصفات، سواء كان له مثل أو لم يكن له مثل؛ كما قلنا في السلم، وإن لم يمكن ضبط صفاته: كالجواهر، وغيرها، ذكر القيمة. وأن في «الحاوي»: أنه يلزمه في الجواهر ونحوها أن يذكر الجنس والنوع وما يضبط من صفاتها. وهذا إنما قالاه في حالة بقاء العين وادعائها، وأما في حالة التلف فالذي[٤] قالاه ما ذكرناه عنهما، والله أعلم.

فرع: إذا كان المدَّعَى سيفًا محلى وقد تلف، قال العراقيون - [كأبي الطيب، والبندنيجي، والماوردي، والمصنف، وكذا القاضي الحسين][٥]-: فلا بد من ذكر قيمته، فإن كان محلًّى بالفضة قوَّمه بالذهب، وإن كان محلًّى بالذهب قومه بالفضة، وإن كان محلى بهما قومه بأيهما شاء؛ لأنه موضع ضرورة.

وقال في «البحر» بعد حكاية ذلك عن الأصحاب: ويحتمل عندي أن يقال: ينبغي أن يفصل بينهما في الدعوى، ويقوَّم بغير الجنس.

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وارجع.
(٤) في ص: والذي.
(٥) سقط في أ.

قال: وإن ادعى نكاح امرأة، فالمذهب أنه يذكر أنه تزوجها بولي مرشد - أي: رشيد - وشاهدي عدل، ورضاها إن كان رضاها شرطًا ؛ أي: إما لكونها ثيبًا، أو بكرًا والولي غير الأب والجد؛ لأن النكاح يتعلق به حق الله - تعالى - وحق الآدمي، وإذا وقع لا يمكن استدراكه؛ فلا تسمع الدعوى فيه إلا أن تكون مفسرة مبينة؛ كما في دعوى القتل.

ولأن في شرائط النكاح خلافًا بين العلماء: فأبو حنيفة لا يشترط الولي، ومالك لا يشترط الشهود، ونحن إذا كانت بكرًا لا نعتبر رضاها بعد البلوغ، وأبو حنيفة يعتبره؛ فلم يجز للحاكم أن يحكم بظاهر الدعوى حتى يعلم وجود الشرائط؛ كي لا يحكم بصحة ما هو خطأ عنده؛ وهذا ما نص عليه في «المختصر» حيث قال: لو ادعى أنه نكح امرأة لم أقبل دعواه حتى يقول: نكحتها بولي، وشاهدي عدل، ورضاها؛ إذا كان الولي ممن لا يزوجها إلا برضاها.

فإن قلت: ليس في لفظه اشتراط عدالة الولي.

قلت: بلى؛ لأن قوله: «عدل»، يرجع إلى الولي والشاهدين؛ لأنه يقال: قوم عدل؛ كما يقال: رجل عدل؛ كذا قاله ابن الصباغ.

على أنه قد قيل: إن هذا من الشافعي جواب على عدم اشتراط عدالة الولي.

وقد حكى في «الشامل» وجهًا: أنه لا حاجة إلى التعرض لعدالة الولي.

قال الرافعي: وقياس الأول وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يشترط على هذا ذكر انتفاء الموانع من الردة، والعدة، والإحرام، والرضاع، وغير ذلك.

قال الغزالي: بلا خلاف.

وقال في «الإشراف»: على المذهب؛ لأن الأصل عدمها، مع أن فيها كثرة؛ فيشق ذكرها.

وعن محمد بن إبراهيم العبدي من[1] أصحابنا: أنه يشترط نفيها.

[ويشترط][2] فيما إذا ادعى الحر نكاح أمة، ذكر أنه تزوجها وهو عادم للطَّول، خائف للعنت.

---

(١) في أ: و.

(٢) سقط في أ.

قال في «الشامل»، و«البحر»: ومن أصحابنا من قال: لا يشترط ذكر ذلك؛ كما لا يشترط ذكر انتفاء الموانع.

والأول أقيس، وهو ما اختاره في «المرشد».

أما إذا لم يكن رضاها شرطًا بأن[(١)] كانت مجبرة؛ فلا يتعرض لرضاها، ويتعرض لذكر المزوج من أب أو جد، وعلمها بذلك إن كانت الدعوى عليها؛ كما أشار إليه الإمام في كتاب النكاح.

وقيل: إن ذلك مستحب؛ لأنه دعوى ملك؛ فلا يشترط فيه ذكر السبب؛ كدعوى المال مطلقًا؛ فإنه لا خلاف في عدم اشتراط ذكر السبب كما قاله الروياني، والإمام، وتبعه [في][(٢)] «الوسيط».

ولأن مطلق اسم النكاح ينصرف إلى النكاح الشرعي، والنكاح الشرعي ما وجدت فيه [هذه][(٣)] الشرائط.

وهذا منسوب لابن أبي هريرة في «البحر»، وحكي عنه أنه قال: ويكفيه أن يقول: نكحتها نكاحًا صحيحًا.

وفي «الحاوي» نسبة هذا الوجه إلى ابن سريج.

قال في الإشراف: وأصل هذا الخلاف: أن العبد إذا أذن له في نكاح صحيح؛ فنكح نكاحًا فاسدًا، هل يجب المهر حيث يجب [في][(٤)] النكاح الصحيح أم لا؟

وقضية هذا البناء: أن يكون الصحيح الاكتفاء بالإطلاق؛ لأن الصحيح أنه يجب حيث يجب النكاح الصحيح[(٥)].

---

(١) في أ: إن.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) قوله: وإن ادعى نكاح امرأة؛ فالمذهب أنه يذكر أنه تزوجها بولي مرشد، وشاهدي عدل، ورضاها، إن كان رضاها شرطًا، وقيل: لا يجب ذكر هذه الأمور، بل يستحب؛ لأن مطلق اسم النكاح ينصرف إلى النكاح الشرعي، ثم قال ما نصه: قال في الإشراف: وأصل هذا الخلاف أن العبد إذا أذن له في نكاح صحيح فنكح نكاحًا فاسدًا هل يجب المهر حيث يجب في النكاح الصحيح أم لا؟ وقضية هذا البناء أن يكون الصحيح الاكتفاء بالإطلاق؛ لأن الصحيح أنه يجب حيث يجب في النكاح الصحيح. انتهى كلامه.
وهو غلط من وجوه؛ أحدها: أن مهر زوجة العبد في النكاح الصحيح هل يجب في كسب العبد أو في ذمة السيد؟ على قولين: أصحهما الأول، وحينئذ فإذا أذن له سيده في النكاح وأطلق، فنكح نكاحًا فاسدًا ووطئ فيه، فمنهم من قال: يجب المهر حيث يجب في النكاح الصحيح فيجري فيه =

وقد حكى الإمام وغيره: أن الوجه الثاني مخرج[1] من نصه على سماع دعوى البيع مطلقة؛ كما سنذكره.

قال القاضي الحسين: وقد قيل: إنه قول قديم.

قال الإمام: وعلى هذا، هل يشترط التقييد بالصحة؟ فعلى وجهين، وحكاهما في «الإشراف» قولين[2].

قال الإمام: والوجه عندي: الاشتراط؛ فإنها لفظة جامعة، دالة على المقصود؛ وعلى هذا جرى في «الوسيط».

وهذا الذي ذكره الإمام هو ما ذكرناه عن ابن أبي هريرة.

قال الرافعي: وقد أشار كلام الغزالي في «الوسيط» إلى أن الوجهين مفرعان على قولنا: إنه لا يشترط تفصيل الشرائط، وإيراد القاضي أبي سعد يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل؛ ليتضمن[3] ذكر الصحة نفي الموانع.

وقيل: إن كانت[4] **الدعوى لابتداء العقد** - أي: بأن قال: عقدت عليها - وجب ذكرها؛ لأنها شرط في الابتداء.

= القولان، ومنهم من قال: يجب في ذمة العبد وهو الصحيح، ومنهم من قال: يتعلق برقبته، وأما إذا أذن له في نكاح صحيح فنكح نكاحًا فاسدًا فيأتي فيه القولان الأخيران، وهما التعلق بالذمة أو بالرقبة، وأما الوجوب حيث يجب في النكاح الصحيح حتى يجب في كسبه أو على السيد فلم يقولوا به، ولا يتأتى القول به مع تصريح السيد بالصحة لما فيه من المنافاة فتصوير المصنف المسألة بذلك، سهو، وحكايته عن الإشراف سهو أيضًا، فإنه لما ذكر هذا البناء والتخريج الذي أشار إليه المصنف، عبر بقوله: وإن نكح بإذن سيده نكاحًا فاسدًا فقد قيل: النكاح يتناول الفاسد والصحيح. هذا لفظه في الإشراف، الثاني: أن تصحيحه الوجوب حيث يجب في النكاح الصحيح - غلط أيضًا، فإن هذا قول قديم لم يصححوه، والجديد الصحيح عندهم وجوبه في ذمة العبد كما هو مقدر واضحًا في الصداق، وقد صرح المصنف هناك بذلك فيما إذا أذن له في النكاح وأطلق، ولم يذكر صورة التقييد بالنكاح الصحيح. وإذا كان القول المذكور ضعيفًا عند الإطلاق، فبطريق الأولى فيما إذا قيد الإذن بالنكاح الصحيح، الثالث: أن هذا التخريج الذي ذكره ليبين به كلام الإشراف سهو وصوابه العكس، وهو الاكتفاء بالإطلاق إذا قلنا: لا يجب حيث يجب في النكاح الصحيح، وعدم الاكتفاء بالإطلاق إذا قلنا: يجب، وهو واضح [أ و].

(١) في أ: يخرج.
(٢) في ص: وجهين.
(٣) في أ: ليضمن.
(٤) في التنبيه، أ: كان.

وإن كان [ذلك][(١)] لاستدامته -أي: بأن قال: هي زوجتي- لم يجب ذكرها ؛ لأنها ليست شرطًا في الاستدامة؛ وهذا ما اختاره صاحب «الإفصاح»[(٢)]، وصححه في «الوجيز» و«المرشد»، واستدل له بأن الزوجية تثبت بالاستفاضة.

وقد بنى القاضي الحسين والفوراني الخلاف في دعوى الاستدامة على المعنيين في عقد النكاح، فقالا: إن قلنا: المعنى اختلاف الناس في شرائطه، فهاهنا لا يجب ذكرها؛ لأنه لا خلاف فيه. وإن قلنا: المعنى: مراعاة الاحتياط فيجب ذكرها.

وفي «البحر» طريقة أخرى حاكية لقولين في اشتراط التفصيل وعدمه.

واعلم: أن دعوى النكاح تصح من الزوج على الولي؛ إذا كان أبًا أو[(٣)] جدًّا، والزوجة بكرًا صغيرة بَعد بلا خلاف، فإن أقر ثبت النكاح، وإن أنكر فقد قال القاضي الحسين هنا: إنه يحلف، فإن نكل [حلف][(٤)] الزوج، وسلمت له؛ وهذا ما حكاه الإمام في آخر «النهاية» [منقولًا][(٥)] عن الأصحاب. وفي كتاب الصداق حكاه[(٦)] عن كثير من أئمة العراق، وأنهم لم يذكروا في ذلك خلافًا.

وحكى وجهًا آخر: أن الولي لا يحلف، وهو ما أبداه في آخر «النهاية»، تخريجًا من كلام القفال، قال: وإن فيه بعدًا.

وإن كانت بكرًا كبيرة، [فقد قال][(٧)] القاضي الحسين هاهنا: إن الدعوى تسمع على الأب والجد وعليها.

وأما الإمام فإنه حكى في كتاب النكاح عند الكلام في وقوع عقدين على امرأة وجهين في جواز الدعوى على المجبر، وجزم في آخر «النهاية» بالسماع، وأن له أن يحلف [على عدم التزويج، وحكى الخلاف فيما إذا نكل، هل يحلف الزوج أم لا؟.

وأحد الوجهين: أنه يحلف][(٨)] كما لو نكل عن اليمين في حال صغرها، وهو ما أجاب به ابن الحداد.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ، ع: الإيضاح.
(٣) في ص: و.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: حكاية.
(٧) في أ: فقال.
(٨) سقط في أ.

والثاني: لا؛ لأنه قادر(١) على تحليف المرأة البالغة، وهي باليمين أولى.

وعلى هذا: إذا حلف الأب؛ فللمدعي أن يدعي على المرأة: فإن أقرت ثبت النكاح؛ على الصحيح، وإن أنكرت؛ توجهت عليها اليمين: فإن حلفت فذاك، وإلا حلف، وسلمت إليه.

وقال هاهنا: إن سماع الدعوى عليها ينبني على قبول إقرارها: فإن قبلناه فدعواه مسموعة عليها، وإلا فهل تتوجه الدعوى عليها واليمين؟ على قولين مبنيين على أن يمين الرد مع النكول كبينة أم كالإقرار؟

فإن قلنا بالأول؛ حلفت، فإن نكلت حلف المدعي، وثبت النكاح.

وإن قلنا: كالإقرار، فلا تحلف؛ فإن غاية توقُّع الخصم أن تنكل، ويحلف هو يمين الرد، ولو أفضت الخصومة إلى ذلك لما ثبت غرض المدعي، وقد حكى ذلك الفوراني أيضًا.

قلت: ويظهر [أن يقال: إن](٢) اليمين تعرض وإن لم نقبل الإقرار، وقلنا: إن يمين الرد مع النكول كالإقرار، ويكون فائدة العرض: أن تحلف؛ فتنقطع الخصومة؛ وذلك مستمد مما حكيته عن الأصحاب فيما إذا كانت الدعوى على سفيه بما يوجب المال من الجنايات.

ثم ما حكيناه عن الإمام والفوراني يفهم أمرين:

أحدهما: أن الخلاف في سماع الدعوى عليها مفرع على القديم؛ لأن الجديد قبول إقرارها؛ وكذا في القديم إذا كانا عربيين كما نقله الإمام والبغوي وابن الصباغ وغيرهم؛ أو تقادم عهدهما؛ كما حكاه القاضي الحسين.

أما عند فقد ذلك، فلا يقبل.

قال في «الشامل»: وهذا لا يعرفه أصحابنا.

وفي «البحر»: أن بعض أصحابنا الخراسانيين(٣) قال: لا يصح إقرارها بالنكاح في قوله القديم؛ لأنها لا تباشر عقد النكاح؛ فلا تكون من أهل الإقرار به؛ كالصبي. وكأنه -والله أعلم- يشير إلى الفوراني؛ لأن هذا لفظه في «الإبانة».

---

(١) في أ: وارد.
(٢) في أ: أنه قال.
(٣) في ص: بخراسان.

الثاني: أن محل الخلاف في سماع الدعوى عليها إذا لم يكن [له][(١)] بينة، أما إذا كانت، فيظهر أن يقال بالسماع وجهًا واحدًا، ويعضده أن الأصحاب قالوا: إن الدعوى على السفيه بقتل الخطأ ونحوها مسموعة وجهًا واحدًا، وإن لم يقبل إقراره لتقام عليه البينة إن أنكر.

لكنه قد يعترض على هذا سؤال، فيقال: إذا جوّزتم الدعوى؛ لأجل إقامة البينة، واحتمال إقرارها متوقع[(٢)]، فإذا أقرت فأنتم لا تسمعون إقرارها، وكيف تقام البينة على معترف؟!

وجوابه: أنا إذا [لم نرتب][(٣)] عليه حكمًا، كان كالسكوت[(٤)]، كذا أشار إليه الإمام، وجوز للمدعي أن يحلف إذا قلنا: يمين الرد كالبينة مع تصريحها بالإقرار [به][(٥)].

[و][(٦)] على كل حال، فإذا صحت الدعوى بالنكاح، فهل يشترط في صحة الإقرار به التفصيل الذي ذكرناه في الدعوى؟ فيه خلاف جار فيما إذا أقر الرجل بالنكاح، والأصح: أنه لا يشترط، وقال الإمام: إنه المذهب.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن المذهب الاشتراط.

وكذا هل يشترط عدم تكذيب الولي لها والشهود إذا كانت هي المقرة، وقبلنا: إقرارها؟ فيه خلاف، والأصح: أنه لا يشترط، وبه جزم في الأولى المصنف، وفيهما البغوي، وكل ذلك مذكور أو بعضه في كتاب النكاح، وذكرته هاهنا لمزيد فائدة.

فرع: إذا ادعى على القاضي نكاح مجنونة، قال القاضي الحسين: تسمع دعواه، فإن أقر به القاضي فلا كلام، وإن أنكر فلا يحلف؛ لأن[(٧)] تكذيبه له إنكار للقضاء، واشتراط التفصيل وعدمه في دعوى المرأة النكاح حيث تسمع، كاشتراطه في دعوى الرجل النكاح.

قال: وإن ادعى بيعًا، أو إجارة، أو غيرهما من العقود - [أي: كالهبة،

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: يتوقع.
(٣) في أ: ترتب.
(٤) في ص: السكوت.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: فإن.

والصلح](١)- لم يفتقر إلى ذكر الشروط؛ لأن المقصود المال؛ فأشبه دعوى المال؛ وهذا ما ادعى الغزالي: أنه المنصوص.

وعلى هذا هل يشترط التقييد بالصحة؟ فيه وجهان، أصحهما في «الوسيط»: نعم.

وقيل: يفتقر؛ لأنه دعوى عقد، وقد اختلف في بعض شرائطه؛ فاحتيج فيه إلى التفصيل؛ كدعوى النكاح.

وهذا مخرج من النص في النكاح، وينسب إلى ابن سريج.

وعلى هذا: يذكر [أهلية](٢) العاقد، والثمن، والتفرق بالأبدان عن تراضٍ؛ كما قاله في «الشامل»، و«البحر».

وقيل: في بيع الجارية يفتقر؛ لأنه يقصد به الوطء فهو كالنكاح، وفي غيرها لا يفتقر؛ لأنه يقصد به عين المال.

والمذهب: الأول، ويخالف النكاح؛ لأن بضع الحرة لا يملك إلا بوجه واحد، وهو النكاح، فشرطنا التفسير فيه؛ حتى لا يكون واقعًا على وجه فاسد، بخلاف(٣) ملك اليمين؛ فإنه يحصل من وجوه شتى، وفي يوم واحد مرارًا؛ فقلما يشتبه؛ فلا يشترط التفسير فيه.

وفي «الحاوي»: أنه إذا ادعى ابتياع عبد، فإن كان المقصود دعوى العقد؛ فلابد أن يذكر [الثمن، وإن كان المقصود انتزاعه من يده فلا بد أن يذكر](٤) أنه ابتاعه منه، ودفع ثمنه، ومنعه منه، ولا يلزمه ذكر قدر الثمن.

واعلم أنه قد تكرر منا القول بأنه إذا ادعى المال لا يجب عليه بيان السبب، حتى ادعى الفوراني: أنه لا خلاف فيه في حالة دعوى استدامة الملك؛ كقوله: هذا ملكي. وهذا محل اتفاق فيما وقفت عليه إذا لم يطالبه المدَّعَى عليه ببيانه، أما إذا طالبه فقال للقاضي: سل المدَّعِي عن جهة وجوب ما ادعاه - فقد قال في «الإشراف»: إن القاضي بالخيار: إن شاء سأله، وإن شاء لم يسأله.

وفيه وجه آخر يعزى إلى القفال والمروزي: أن القاضي يسأله عن جهة وجوبه؛

---

(١) سقط في ص.

(٢) سقط في أ.

(٣) في أ: يخالف.

(٤) سقط في أ.

لأن أسباب الوجوب مختلف فيها بين أهل العلم؛ فربما ظن شيئًا موجبًا، وهو غير موجب في اعتقاد القاضي.

وفي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجه فيما إذا ادعى شخص عُبودية شخص مجهول الحال: أنها لا تسمع مطلقًا، والأصح من المذهب: السماع.

قال: وإن ادعى قتلا، ذكر القاتل، وأنه انفرد بقتله، أو شاركه فيه غيره؛ لاختلاف الحكم بذلك.

ويحتاج في قتل الخطأ، وشبه العمد، والعمد الذي لا تجب فيه إلا الدية - لمشاركة المخطئ فيه ونحوه - إلى ذكر عدد المشارك؛ لأن حصة المدَّعَى عليه من الدية لا تتبين إلا بحصر الشركاء، فلو قال: لا أعرف عددهم[١]، لم تسمع دعواه.

ولو قال: أعلم أنهم لا يزيدون على عشرة، سمعت، ويترتب على تحقيقها المطالبة بعشر الدية.

وهل يحتاج في دعوى القتل العمد الموجب للقصاص بيان عدد المشاركين؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا.

والثاني - ويحكى عن أبي إسحاق -: نعم؛ لأنه قد يختار الدية، فلا يدري حقه منها[٢].

وقال الإمام: الوجه عندي أن ينبني هذا على أن موجب العمد القود المحض، أو القود والدية، [أو][٣] أحدهما لا بعينه؟

فإن قلنا بالأول فالوجه القطع بقبول الدعوى.

وإن قلنا: [إن][٤] الموجب أحدهما لا بعينه، فيحتمل الوجهان حينئذ، وهذا ما أورده الغزالي.

فرع: لو ادعى أنه قتل مورِّثَهُ أحدُ هذين، أو واحد من هذه العشرة، أو من هذا العدد، وهو محصور، وطلب من القاضي أن يسألهم، ويحلف كل واحد منهم - فهل يجيبه؟ فيه وجهان:

---

(١) في ص: عدهم.
(٢) في أ: منه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.

أحدهما: لا؛ للإبهام؛ وهذا أصح في «التهذيب»، ولم يورد جماعة غيره، وعليه ينطبق قول الشيخ: ذكر القاتل.

والثاني: نعم؛ لأنه طريق يتوصل به إلى معرفة القاتل واستيفاء الحق منه.

ولأن القاتل يسعى في إخفاء القتل؛ كي لا يقصد، وتعسر معرفته على الولي لذلك، فلو[١] لم تسمع دعواه هكذا، لتضرر، وهم لا يتضررون باليمين الصادقة؛ وهذا أصح في «الوجيز».

ولا يجري هذا في دعوى القرض، والبيع، وسائر المعاملات؛ لأنها تنشأ باختيار المتعاقدين، وحقها: أن يضبط كل واحد من المتعاقدين صاحبه.

وقيل بإجرائه في المعاملات -أيضًا- لأن الإنسان عرضة للنسيان، وهم لا يتضررون باليمين.

والأظهر: الأول؛ لعظم خطر الدم.

أما إذا كان عدد من طلب أيمانهم غير محصور[٢]: كأهل القرية، والمحلة - فلا يجاب؛ لأنه يطول فيه العناء على القاضي، ويتعطل زمانه، وتتأخر بسببه حقوق سائر الناس، وفي إحضار الجمع الكبير إضرار بهم؛ وهذا ما حكاه الرافعي.

[و][٣] في «تعليق» القاضي الحسين: أن محل الخلاف فيما إذا طلب أيمان من يستحيل اجتماعهم على القتل؛ ورجاء أن ينكل واحد منهم؛ فيجعله لوثًا، ويحلف أيمان القسامة، وطرد الخلاف فيما إذا نسي متاعًا بين جماعة، وقال: أعلم أن السارق فيكم، ولا أعلم عينه، فأحلفكم واحدًا واحدًا.

قال: ويذكر أنه عمد، أو خطأ، أو شبه عمد، ويصف كل واحد من ذلك، أي: فيقول في العمد: قتله[٤] بما يقصد به القتل غالبًا، وفي شبه العمد يقول: ضربه[٥] بعصا فمات من ضربه، وفي الخطأ: سقط عليه فقتله.

ووجهه: أن القتل إذا وقع لا يمكن تلافيه؛ فوجب الاحتياط فيه بذلك.

وفي «الحاوي» وغيره في باب «كيف يدعي الدم» حكاية وجه: أنه لا يحتاج إلى ذلك، بل تسمع مطلقة.

---

(١) في أ: ولو.
(٢) في أ: محصورين.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: قتلته.
(٥) في أ: جزيته.

ووجه آخر حكاه الماوردي هنا: أنه لا يحتاج إلى وصف قتل الخطأ.

والمشهور الأول؛ وهكذا الحكم فيما إذا ادعى قطع طرف، أو جناية توجب القصاص.

ولو ادعى جراحة لها أرش مقدر، ذكر الأرش في الدعوى؛ فإنه المطلوب.

فرع: إذا ادعى على شخص أنه تفرد بالقتل، لم تسمع دعواه على غيره بالانفراد بالقتل، ولا بالمشاركة فيه؛ لتضمن الدعوى الأولى كذبه في الثانية.

نعم، لو صدقه المدَّعَى عليه ثانيًا في ذلك، آخذناه بتصديقه- على أصح الوجهين- لأنه يحتمل أن يكون كاذبًا في الدعوى الأولى صادقًا في الثانية[١].

ولو ادعى قتلًا عمدًا، فاستُفْصِلَ، ففصله بما ليس بعمد - ففي بطلان أصل الدعوى قولان:

أحدهما: تبطل؛ فلا يقسم، ولا يلتفت إلى قوله؛ لأن في دعوى العمدية اعترافًا بأنه ليس بمخطئ فلا يمكنه الرجوع عنه؛ وهذا ظاهر ما نقله المزني.

وأصحهما: المنع؛ لأنه قد يظن ما ليس بعمد عمدًا؛ فيتبين بتفسيره أنه مخطئ في اعتقاده.

وأيضًا: فقد يكذب في الوصف، ويصدق في الأصل؛ وعلى هذا فيعتمد على تفسيره، ويمضي حكمه؛ وهذا ما نقله الربيع. والقاضي الحسين نقله عن القديم، وبعضهم قطع به، وتأول[٢] ما نقله المزني على أنه لا يقسم على ما ذكر أولًا.

ويجري الطريقان فيما لو ادعى الخطأ، وفسره بما هو عمد.

ولو ادعى شبه العمد، وفسره بما هو خطأ محض، وقلنا هناك بطريقة القولين - فمنهم من أجراهما هاهنا، ومنهم من قطع بعدم بطلان أصل الدعوى؛ لأن قوله الأول

---

(١) قوله: والثاني عن أبي الحسين الطبسي. اعلم أن النقل في هذه المسألة عن أبي الحسين المذكور ذكره الرافعي فتبعه المصنف، ولا شك أن في أصحابنا رجلين أوضحت حالهما في كتاب الطبقات، أحدهما: أبو الحسين الطيبي -بطاء مكسورة بعدها ياء ثم باء، موحدة نسبة إلى بلد يقال لها: الطيب- الثاني: أبو الحسين الطبسي - بطاء مهملة مفتوحة ثم تاء موحدة مفتوحة أيضًا، وفي آخره سين مهملة نسبة إلى بلد يقال لها: الطبسين على التثنية- فيحتمل أن يكون المذكور هنا هو الأول، ويحتمل أن يكون الثاني [أ و].

(٢) في ص: ويتأول.

يقتضي زيادة، [ومن ادعى زيادة، ثم][1] رجع على قدر الحق لا تبطل دعواه.

ولو فسره بما هو عمد فلا تبطل دعواه، ويقسم، قال الماوردي: وعندي [أنه][2] لا يقسم.

قال: وإن ادعى أنه وارث بيَّن جهة الإرث؛ لأنها مختلف فيها بين أهل العلم، مع قلة وقوعه للشخص الواحد؛ فقد يظن أنه وارث، وليس كذلك.

قال: فإن[3] **لم يذكر، سأله الحاكم عنه**، أي: فيقول له: من أي جهة أنت وارث: من النسب، أو ولاء، أو نكاح؟ وهذا هو المعنى بالاستفسار، وقد قدمت الكلام فيه في باب «أدب القضاء».

وقال في «المهذب»: إن هذا مطرد في كل ما لزم ذكره في الدعوى، ولم يذكره، وهو ما أورده الجمهور، وعليه نص الشافعي في «المختصر»؛ حيث قال: ينبغي للحاكم أن يقول له عند دعوى القتل: من قتل صاحبك؟ فإن قال: فلان، قال: وحده؟ فإن قال: نعم، قال: عمدًا أو خطأً؟ فإن قال: عمدًا، سأله: ما العمد؟

وإيراد الروياني يشعر بوجوب الاستفصال؛ فإنه قال بعد ما نقل عن الشافعي أنه يستفصل في الأشياء الأربعة كما ذكرنا: وقال الماسرجسي: لا يجب على الحاكم أن يصحح دعواه، ولا يلزمه[4] أن يسمع إلا في دعوى محررة، [و][5] إنما ذكر الشافعي هذا وأراد أن يستثنيه احتياطًا.

وهذا السياق يشعر بأن غيره يقول بوجوب الاستفصال، والأوجه ما نسبه إلى الماسرجسي.

وفي «الحاوي» هاهنا[6]: أن الدعوى الناقصة ضربان:

نقصان صفة.

ونقصان شرط.

فالصفة أن يقول: لي عليه ألف، ولا يصفه؛ فيجب على الحاكم أن يسأله عنها.

وأما نقصان الشرط: فأن يدعي عقد النكاح، ولا يذكر الولي ولا الشهود، فلا يسأله

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في التنبيه: وإن.
(٤) في أ: يلزم.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: هنا.

عن الشرط، بل يتوقف حتى يكون هو المبتدئ بذكره، [أو لا يذكره][(١)]، فينظره.

والفرق: أن نقصان الصفة لا يتردد ذكره بين صحة وفساد؛ فجاز أن يسأله عنه، ونقصان الشرط يتردد ذكره بين صحة وفساد؛ [فلم يجز أن يسأله عنه][(٢)].

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي اعتبار النطق بما ذكره، ولا شك فيه، لكن هل تقوم كتابته في رقعة وادعاء ما فيها مقام النطق به؟ حكى في الإشراف - وتبعه الرافعي- فيه وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأن الكتابة طريق للبيان[(٣)].

والثاني: لا، وهو ما حكى في الحاوي أن به قال ابن سريج، وخص محل الاكتفاء [به][(٤)] على الوجه الأول بما إذا قرأها القاضي على الطالب، وقال له بعد قراءتها: تقول هكذا؟ أو: تدعي هكذا؟ فيقول: نعم. وقال: إن الوجهين يجريان فيما إذا كتب المدَّعَى عليه جواب الدعوى في رقعة، وقال: هذا جواب دعواه.

واعلم أن حد الدعوى الصحيحة: أن تكون معلومة، ملزمة؛ كما قاله الغزالي.

وقد ذكر الشيخ ما يحصل به الإعلام، وسكت [عن ذكر ما][(٥)] يحصل به الإلزام، وهو قوله: ويلزمه تسليم ذلك إليَّ، أو: [و][(٦)] هو ممتنع من الأداء الواجب عليه، أو: أنكر في ذلك؛ لأن المنكر مانع، أو: يلزمه تمكيني منه؛ إن كان المدَّعَى وديعة ونحوها، أو: يلزمه تسليم نفسه [للقصاص][(٧)] إليَّ؛ إن كانت الدعوى في قصاص.

فلو قال: لي عليه عشرة دراهم، ووصفها، واقتصر على ذلك، أو قال: وهب مني كذا، أو باع، مقتصرًا عليه، أو: قتل مورثي منفردًا عمدًا عدوانًا - لم تسمع؛ لأن الدين يجوز أن يكون مؤجلًا؛ فلا يستحق المطالبة به، والهبة يجوز أن تكون غير متصلة بالقبض؛ فلا يلزمه تسليمها، وإن اتصلت به فيحتمل أن يكون [قد][(٨)] رجع فيها، لكونه قريبًا، أو لكونها تقتضي الثواب، ولم يثبه؛ والبيع يجوز أن يكون قد انفسخ؛ فلا يلزم تسليم المدَّعَى؛ والقصاص يجوز أن يكون قد عفي عنه؛ وبما ذكرناه ينتفي هذا الاحتمال.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: البيان.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: عما.
(٦) سقط في أ.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في ص.

وفي «النهاية» في كتاب القاضي [إلى القاضي][(١)] فيما إذا لم يقل: إني طالب؛ فيطالب، وقال: يلزمه أداء ما ادعيته عليه - إبداء تردد في الاكتفاء به؛ لأن الفقيه قد يقول: من عليه دين حال يلزمه أداؤه، وإن لم يطالبه صاحبه، وإنما يسقط وجوب الأداء برضا مستحق الحق بتأخيره؛ فلا يكون قوله: يلزمه أداؤه، متضمنًا للطلب؛ فيلزمه التصريح به، وقال: إن هذا محتمل جدًّا.

والذي قاله الأصحاب: أنه لا يحتاج، وهل يشترط أن يقول: راسل القاضي سؤاله عن ذلك؟ فيه خلاف سبق في باب صفة القضاء، لكن كلام الشيخ ثم يقتضي أن الدعوى تصح بدونه على كلا الوجهين.

وكذا هل يشترط في الدعوى بالعين أن يقول: «وهي في يده»؟ فيه وجهان، حكاهما في «الإشراف»، وغيره، والأصح: أنه لا يشترط [ذلك][(٢)]؛ لأن طلب التسليم يغني عنه.

وما ذكرناه هو الصحيح، ووراءه شيء نذكره في ضمن فروع:

الأول منها: الدعوى بالدين المؤجل هل تسمع؟ فيها ثلاثة أوجه:

أصحها عند الإمام - كما قال ابن أبي الدم، وعند القاضي أبي سعد[(٣)]، وبه أجاب القفال في «الفتاوي»، وصاحب «الحاوي»-: المنع؛ لأنه لا يتعلق بها إلزام في الحال ومطالبة؛ وهذا ما ذكرناه من قبل، وقد حكاه الغزالي في كتاب «التدبير» عن النص.

والثاني: تسمع؛ لتثبت في الحال، ويطالب في الاستقبال، وقد يموت من عليه فتتعجل المطالبة؛ وبهذا أجاب بعض أصحاب الإمام.

والثالث: إن كانت له بينة، سمعت الدعوى؛ لتسجل؛ فيأمن من غيبتها وموتها؛ وإن لم تكن فلا تسمع.

قلت: ويحتمل أن يكون القائل بهذا الوجه هو القائل بأن مراد الشافعي من قوله في كتاب الأقضية للمدعي: «إن شئت فأت بصحيفة فيها شهادة شاهديك، وكتاب

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص، ع: سعيد.

خصومتك، وإلا اقبل أن يشهد لك الشاهد بالكتاب فأنسأ شهادته»: إذا كان لرجل على رجل دين مؤجل يشهد به شاهدان مريدان للسفر، فجاء صاحب الحق إلى الحاكم، فطالبه أن يسمع شهادة الشاهدين؛ لأنه لا يأمن جحوده في غيبة الشهود؛ فيثبت عنده، ويطالبه به إذا حل؛ فيقول له: لا أسمع(١) شهادة شاهديك إلا أن تكون شهادتهما في كتاب فيه خطهما، وأعلم على شهادتهما.

وإذا كان هذا قول هذا القائل، كان هذا الوجه مذكورًا في طريقة العراق(٢) أيضًا؛ لأن القاضي أبا الطيب وابن الصباغ ذكرا هذا التفسير عن بعض أصحابهم، وقالا: إن معنى قول الشافعي: «وأنسأ شهادته»، أي: أؤخر شهادته إذا لم يأت بكتاب.

وقيل: أنسى، بمعنى: النسيان، وهو عند أكثر الأصحاب [أصح](٣).

وهذا إذا كان جميع الدين مؤجلًا، فلو كان بعضه حالًّا، وبعضه مؤجلًا- قال في «الحاوي»: سمعت الدعوى في الجميع؛ لاستحقاق المطالبة ببعضه، ويكون المؤجل تبعًا.

قال: وكذلك لو كان المؤجل في عقد، وقصد بدعواه تصحيح العقد: كالسلم المؤجل - تصح الدعوى به؛ لأن المقصود منه يستحق في الحال.

قال ابن أبي الدم: ويلزم على هذا أن يقال: إذا كان الدين مؤجلًا بعقد بيع، تسمع الدعوى به؛ وهكذا في نظيره من الإجارة؛ لأنه يبغي تصحيح العقد بالدعوى، ولو صح هذا قولًا واحدًا، لارتفع الخلاف في الدين المؤجل؛ لأن الدين لا يثبت مؤجلًا في الذمم قط إلا ببيع، أو إجارة، أو سلم، أو نكاح. أما القروض وقيم المتلفات، وما يجب من ضمان الحيلولة في الغصوب لا يجب إلا حالًّا، ودية قتل الخطأ - وإن ثبتت مؤجلة - فلا توصف قبل الحلول بالدية.

الفرع الثاني: من اعترف بإعسار إنسان، وأراد أن يدعي عليه دينًا ليثبته على توقع مطالبته به إذا أفاد مالًا - ففي سماع الدعوى عليه خلاف مرتب على الدعوى بالدين المؤجل، وهذه الصورة أولى بألا تقبل الدعوى فيها؛ فإن زوال الإعسار لا منتهى له بضبط.

---

(١) في ص: تسمع.

(٢) في أ: الغزالي.

(٣) سقط في أ.

الفرع الثالث: الدعوى على العبد بدين معاملة ثابت في ذمته هل تسمع؟ فيها خلاف مرتب على الدعوى على المعسر، وأولى بعدم السماع؛ لأنه يرتقب العتق واليسار؛ كذا قاله الإمام في آخر باب التفليس.

الفرع الرابع: دعوى الجارية الاستيلاد، والرقيق التدبير، و«تعليق» العتق بالصفة - فيها[1] طريقان:

أحدهما: أنها تسمع؛ لأنها حقوق ناجزة ترتبط بها الدعوى؛ وهذا ما رجحه الإمام في باب موضع اليمين، وهو ظاهر النص في المدبر في كتاب التدبير، وصححه أبو الطيب.

والثاني: [أنها][2] على الخلاف في دعوى الدين المؤجل؛ لأن المقصود منها العتق في المستقبل، والاستيلاد أولاها بالسماع، لتنجز آثاره من امتناع البيع والرهن وغيرهما.

وقد ادعى الإمام في كتاب التدبير: أنه الأصح فيها، وأنه لا خلاف في سماع الدعوى به عند العرض على البيع وشهادة الحسبة فيه.

والخلاف في سماع دعوى التدبير و«تعليق» العتق بالصفة، مفرع على أنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول، أما إذا قلنا: يجوز، فإنكار السيد رجوع يبطل مقصود الدعوى؛ كذا قاله الرافعي، والإمام أبداه احتمالًا لنفسه.

قال: وإن[3] **أنكر المدَّعَى عليه ما ادعاه،** أي: مثل أن يكون قد ادعى [عليه][4] قرضًا أو إتلافًا، فقال: ما اقترضت ولا أتلفت - صح الجواب؛ لمطابقة الدعوى.

وحكى الإمام في باب الامتناع من اليمين: أن أبا سعيد - يعني: الإصطخري - ذهب إلى أنه يجب على المدَّعَى عليه [أن يجيب][5] عن عين ما يذكره المدَّعِي، والمشهور الأول.

قال: **وإن لم يتعرض لما ادعاه**[6] **[عليه]**[7]**، بل قال: لا [يستحق]**[8] **عليّ شيئًا- صح الجواب**؛ لأنا لو كلفناه أن يتعرض لنفي ما ادعي عليه عينًا، فربما تضرر

---

(١) في ص: فيه.
(٢) سقط في ص.
(٣) في التنبيه: فإن.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.
(٦) في التنبيه: ادعى.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

به؛ لأنه قد يكون اقترض وأتلف، ووفى ولا بينة له؛ فيقع في أحد محذورين: إما الكذب، أو الغرم؛ بخلاف ما إذا أنكر الاستحقاق؛ فإنه يكون صادقًا، ولا يتضرر.

[و](١) من هذا القبيل ما إذا ادعيت عليه شفعة؛ فيقنع منه بأن(٢) يقول: [لا شفعة لك عندي، أو: لا يلزمني تسليم هذا الشقص إليك.

وكذا لو ادعت عليه المرأة الطلاق؛ فيقنع منه أن يقول:](٣) أنت زوجتي.

وعلى قياس هذا: لو ادعى عليه بألف حالٍ، وكان مؤجلًا، فيقنع منه في الجواب [أن يقول](٤): لا يلزمني دفع شيء إليك الآن، ويحلف عليه.

قال الرافعي: وهل له أن يقول: لا شيء عليّ مطلقًا؟ فيه وجهان عن القفال مبنيان على وجهين تقدما في أن الدين المؤجل، هل يوصف قبل الحلول بالوجوب؟

وفي «النهاية» في آخر كتاب التفليس: أنا إن قلنا: [إن](٥) من أقر بالدين المؤجل يلزمه حالا، اكتفي منه في هذه الصورة بأن يقول: لا يلزمني التسليم، ويحلف عليه.

وإن قلنا: القول قوله في الآجل، فهل يقنع منه بأن يقول: لا يلزمني التسليم؟ فعلى وجهين، أحدهما: أنه يقنع منه بذلك؛ فإن مقصود الدعوى مطالبة المدَّعَى عليه، فإذا أنكر وجوب التوفية وحلف عليه فقد تعرض لمضادة مقصود الدعوى.

ولو كان في يده مرهون أو مستأجر، وادعاه مالكه - قال الرافعي: فيكفيه في الجواب أن يقول: لا يلزمني تسليمه.

قلت: وعلى قياس ما حكيناه [عن الإمام](٦)، ينبغي أن يبني ذلك على ما إذا أقر شخص لإنسان بالملك في عين، وادعى أنها تحت يده برهن أو إجارة، وكذبه المقر له، ومن المصدق منهما؟ فيه وجهان، المذهب منهما: المقر له:

فإن قلنا به فيقنع منه في الجواب بما ذكره الرافعي، ويحلف عليه.

وإن قلنا بمقابله، وهو أن القول قول المقر - فهل يقنع منه بذلك، أم لا بد من التفصيل؟ فيه وجهان.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: أن.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في أ.

وقد حكي عن القفال والقاضي الحسين اختلاف فيما يجيب به من ادعي عليه الملك، وهو مرتهن، ولا بينة له، وقلنا: لا نقبل قوله إلا ببينة، ويخشى من تعذر إقامة البينة - فالمنقول عن القفال أنه يقول: إن ادعيت ملكًا مطلقًا فلا يلزمني التسليم، وإن ادعيت مرهونًا عندي فحتى أجيب.

وعن القاضي: أن الجواب لا يسمع منه مع التردد، ولكن يجحد ملكه إن[١] جحد صاحب الدين الرهن[٢].

وعلى عكسه: لو ادعى المرتهن الدين، وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين-:

فعلى الوجه الأول: يفصل، فيقول: إن ادعيت ألفًا، لي عندك بها رهن، وهو كذا فحتى أجيب، وإن ادعيت ألفًا مطلقًا فلا يلزمني.

وعلى الثاني: صارت العين مضمونة عليه بالجحود، فلمن عليه الدين أن يجحد ويجعل هذا بذاك، ويشترط التساوي.

ونظم[٣] «الوجيز» يقتضي ترجيح الأول، وهو الذي أورده الفوراني، وذكر أن المدَّعَى عليه يفصل الجواب أبدًا، ولا يكون ذلك إقرارًا بشيء.

وللرافعي على ذلك سؤالان، فاطلبهما منه.

قال: **فإن كان المدعى دينًا، فالقول [قول [المدَّعَى]**[٤] **عليه مع يمينه**؛ لما روى أبو داود عن ابن أبي مليكة - وهو عبد الله بن عبيد الله[٥] بن أبي مليكة- قال: كتبَ إليّ ابن عباس «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَضَى بِالْيَمِيْنِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[٦]، وأخرجه البخاري ومسلم وغيرهما.

وروى مسلم عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعَاوِيْهِمْ...» الحديث الذي ذكرناه في أول الباب.

---

(١) في أ: وإن.
(٢) في أ: ونظر.
(٣) عبارة الروضة: قال القاضي حسين: لا يقبل الجواب المردد بل حيلته أن يجحد ملكه إن جحد صاحبه الدين والرهن.
(٤) في التنبيه: قوله.
(٥) في أ، ع: عبد الله.
(٦) تقدم.

قال: فإن أقام المدعي بينة، قضى له، أي: ولو بعد حلف المدعى عليه.

فإن قيل: ما الحكمة في تقديم البينة على اليمين مع أن كلًّا منهما حجة؟

قيل: لأن اليمين حجة من جهة الخصم، وهي قول واحد، والبينة حجة من غير جهة الخصم، وهي قول اثنين؛ فكانت أبعد من التهمة.

ولأن البينة مستقلة بنفسها، واليمين لا تستقل بنفسها [وتحتاج][١] إلى سبب آخر، وهو براءة الذمة في مسألتنا، واليد عند دعوى العين.

قال: وإن[٢] [كان][٣] **المدعى عينًا، ولا بينة له، فإن كان في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه**؛ لما روى أبو داود عن علقمة بن وائل[٤] بن حجر الحضرمي عن أبيه، قال: «جَاءَ رَجُلٌ مِنْ حَضْرَمَوْتَ، وَرَجُلٌ مِنْ كِنْدَةَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ الحَضْرَمِيُّ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ هَذَا غَلَبَنِي عَلَى أَرْضٍ كَانَتْ لِأَبِي، فَقَالَ الْكِنْدِيُّ : هِيَ أَرْضِي فِي يَدِي أَزْرَعُهَا، لَيْسَ لَهُ فِيهَا حَقٌّ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَضْرَمِيِّ: أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ فَقَالَ: لَا، فَقَالَ، فَلَكَ يَمِينُهُ، فَقَالَ: يَا رَسُوْلَ اللهِ، إِنَّهُ فَاجِرٌ، لَيْسَ يُبَالِي مَا حَلَفَ، لَيْسَ يَتَوَرَّعُ مِنْ شَيءٍ، فَقَالَ: لَيْسَ [لَكَ][٥] إِلَّا ذَلِكَ»[٦]، أخرجه مسلم وغيره.

وروى أبو داود عن الأشعث- وهو ابن قيس- قال: كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَ رَجُلٍ مِنَ الْيَهُوْدِ أَرْضٌ، فَجَحَدَنِي، فَقَدِمْتُ[٧] إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ لِيَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَلَكَ بَيِّنَةٌ؟ قُلْتُ: لَا، قَالَ لِلْيَهُوْدِيِّ: احْلِفْ، قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِذَنْ يَحْلِفُ، وَيَذْهَبُ بِمَالِي؛ فَأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ﴾ إلى آخر الآية [آل عمران: ٧٧]. وقد أخرجه مسلم بنحوه، والبخاري أتم منه[٨].

فرع: لو أراد المدعى [عليه][٩] في هذه الحالة أن يقيم بينة على أن الملك له؛ ليتوقَّى عن اليمين، فهل تسمع؟ قال الأصحاب: ذلك ينبني على أنه لو أراد إقامة البينة على أن الملك له قبل أن يدعى عليه، هل تسمع؟ وفيها خلاف، حكاه الماوردي

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص، ع: فإن.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: وليد.
(٥) سقط في أ.
(٦) تقدم.
(٧) في ص، ع: فقدمته.
(٨) تقدم.
(٩) سقط في أ.

والبندنيجي وجهين على السواء، والأظهر عند الإمام وغيره: المنع، وبعضهم قال: إنه المذهب.

فإن قلنا به، فهل تسمع هاهنا؟ وجهان، وظاهر المذهب منهما في «النهاية» والرافعي: لا -أيضًا- فإنا في فصل الخصومات نستمسك بأقرب الطرق وأهونها، والتحليف أقرب من البينة المحوجة إلى رد النظر على الجرح والتعديل والقواعد المرعية في الشهادات.

وعن ابن سريج تخريج قولٍ أنها تسمع؛ كالمودع إذا ادعى التلف أو الرد؛ فإن القول قوله [مع][1] يمينه.

ولو أراد أن يقيم البينة على ذلك؛ ليسقط اليمين عن نفسه، جاز مع أن الحالف يُعرِّض نفسه للتهمة [وقد يتطرق إليه الطاعن، والبينة العادلة تقطع التهمة][2].

وعلى الأول فالفرق بينه وبين المودع: أن مقام صاحب اليد في الخصومة الإنكار والنفي، وذلك لا يمكن إقامة البينة عليه، ودعوى الملك لا حاجة به إليها، وهو صاحب اليد، والمستقل بما تحويه يده والمودع في مقام المدعيَيْن -كما ذكرنا- غير أن مقامه في الائتمان صدقه فيما هو مودع فيه، واليمين [يليق][3] بحال المدعيَيْن.

تنبيه: قول الشيخ: «فإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه»، فيه ما يفهم أن دعوى الشخص تسمع بما في يده، وأنه يحلف على ذلك، وإلا لكان قوله: «وإن كان في يد المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه» أولى وأحسن.

وقد قال الأصحاب: العين إذا كانت في يد المدعي لا تصح دعواه بها، إلا أن يتعلق [له][4] بها حق على المدعى عليه من أجرة عنها، أو قيمة ما استهلك منها.

وكذا لو قال: نازعني فيها، لم يصح أيضًا.

قال الماوردي: في باب «ما على القاضي في الخصوم»: لأن المنازعة دعوى تكون من غيره، لا منه.

نعم، لو قال: قد عارضني فيها بغير حق، فقد اختلف أصحابنا في صحة الدعوى:

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) سقط في ص.

فقال أبو حامد: تصح الدعوى، ويسأل الخصم عنها؛ لأن في المعارضة رفع يد مستحقه.

وقال بعضهم: لا تصح هذه الدعوى حتى يصف المعارضة بما يصف الدعوى.

فعلى هذه الحالة ينبغي أن يحمل كلام الشيخ، والله - عز وجل - أعلم.

قال: **فإن كان في يديهما**(١)**، أو لم يكن في يد [واحد منهما]**(٢) **- حلفا، وجعل بينهما**(٣).

أما في الأولى فوجهه ما روى أبو داود بسنده عن أبي موسى الأشعري أَنَّ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا بَعِيرًا أَوْ دَابَّةً إِلَى النَّبِيِّ ﷺ لَيْسَتْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، فَجَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا. وأخرجه النسائي وابن ماجه(٤).

وهذا الجعل يظهر أن يكون بعد حلفهما؛ لأن أبا داود روى بسنده عن أبي هريرة أن رجلين اختصما في متاع إلى النبي ﷺ ليس لواحد منهما بينة، فقال النبي ﷺ: «اسْتَهِمَا عَلَى الْيَمِينِ مَا كَانَ، أَحَبَّا ذَلِكَ أَوْ كَرِهَا»(٥).

وفي رواية قال: «فِي دَابَّةٍ وَلَيْسَ لَهُمَا بَيِّنَةٌ، فَأَمَرَهُمَا (٦) رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يَسْتَهِمَا عَلَى الْيَمِيْنِ»(٧)، أي: يقرعا على من يبدأ بيمينه.

ولأن في يد كل واحد منهما النصف؛ فكان القول قوله فيه؛ كالعين الكاملة.

وأما في الثانية؛ فلأن نسبة العين [إليهما](٨) فيها نسبة واحدة، فألحقت بما

---

(١) في التنبيه: أيديهما، وفي أ: يد أحدهما.

(٢) في التنبيه: أحدهما. (٣) زاد في التنبيه: نصفين.

(٤) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٣٤) كتاب الأقضية، باب: الرجلين يدعيان شيئا وليست بينهما بينة، برقم (٣٦١٣)، والنسائي (٨/ ٢٤٨) كتاب آداب القضاء، باب: القضاء فيمن لم تكن له بينة، وابن ماجه (٢/ ٧٨٠) كتاب الأحكام، باب: الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة، برقم (٢٣٣٠).

(٥) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٣٤)، كتاب الأقضية: باب الرجلين يدعيان شيئًا وليس لهما بينة، حديث (٣٦١٦)، وابن ماجه (٢/ ٧٨٠)، كتاب الأحكام: باب الرجلين يدعيان السلعة وليس بينهما بينة، حديث (٢٣٢٩).

(٦) في أ: وأمرهما.

(٧) أخرجه أبو داود (٢/ ٣٣٥) كتاب الأقضية، باب: الرجلين يدعيان شيئًا وليس لهما بينة، برقم (٣٦١٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (١٠/ ٢٥٥).

(٨) سقط في أ.

إذا كانت في يديهما.

وهذه المسألة مصورة بما إذا ادعى واحد منهما على صاحبه: أن هذه العين ملكي، وهو يمنعني منها بغير حق؛ فإن الدعوى تسمع.

كذلك إذا لم تكن العين في يد واحد منهما، وقد صرح بذلك ابن الصباغ في باب «ما على القاضي في الخصوم» حيث قال: وإن ادعى أن هذه الدار لي، وهو يمنعني منها - صحت الدعوى، وإن لم يقل: إنها في يده؛ لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وإن لم تكن في يده.

وكذلك العبادي - كما حكاه الرافعي قبيل باب دعوى النسب- حيث قال: من أراد أن يدعي، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى [عليه][١] باليد، فطريقه أن يقول: الموضع الفلاني [في][٢] ملكي، [وهذا][٣] يمنعني منه؛ تعديًا، فمرهُ يمكني منه.

وكذلك الماوردي في هذا الباب حيث قال: والضرب الثاني من الدعوى الصحيحة: دعوى الاعتراض، وهي على ضربين؟

أحدهما: أن يتوجه إلى ما في يده.

والثاني: أن يتوجه إلى ما يتعلق بذمته.

فأما [ما كان في][٤] يده فلا يصح إلا بعد معارضته، فإن كانت المعارضة بما لا يستضر به المدعي، لم تصح منه الدعوى، وإن [كانت][٥] بما يستضر به المدعي: إما بمد اليد إلى ملكه، وإما بمنعه عن التصرف فيه، وإما بملازمته عليه، أو بقطعه عن أشغاله - صحت دعواه بخمسة شروط:

أن يصف الملك بما يصير به متعينًا من منقول، وغير منقول.

وأن يذكر أنه له، وفي ملكه.

وأن يذكر أنه عارضه فيه بغير حق؛ لأنه ربما استحق المعارضة برهن أو إجارة؛ حتى لا يبقى في دعواه ما يحتاج الحاكم أن يسأل عنه؛ ليعدل بسؤاله إلى المدعى عليه.

وأما توجه الدعوى إلى ما يتعلق بذمته؛ لأنه قد طولب بما لا يستحق عليه، فإن لم

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ: هذا.
(٤) في أ: فيما.
(٥) سقط في أ.

يلحقه بالمطالبة ضرر، لم تصح [منه][(١)] الدعوى.

وإن لحق بها ضرر: إما بنفسه، أو بملازمته، أو في جاهه بالشناعة، وإما في ماله بالمعارضة - صحت منه الدعوى؛ ليدفع بها الضرر، وصحتها بثلاثة شروط:

أن يذكر ما طولب به: إما مفسرًا، أو مجملًا؛ لأن المقصود بالدعوى ما سواه.

وأن يذكر أنه غير مستحق عليه.

وأن يذكر ما استضر به؛ لأن مقصوده الدعوى؛ ليكون الكف عنه متوجهًا إليه.

ولك أن تقول: كلام الماوردي لا يوافق كلام الشيخ؛ فإنه قال: وله في الجواب عن دعوى هذه المعارضة ثلاث أحوال:

أن يعترف بجميع ما تضمنها؛ فيمنعه الحاكم من معارضته.

أو ينكر المعارضة؛ فيخلي سبيله، ولا يمين عليه؛ لأنه لا يتعلق بالمعارضة استحقاق غرمه.

والثالثة: أن يذكر أنه يعارضه فيه بحق يصفه؛ فيصير مدعيًا بعد أن كان مدعى عليه، ويصير المدعي مدعى عليه بعد أن كان مدعيًا.

وكلام الشيخ يقتضي التحليف عند الإنكار.

نعم، يوافق ما ذكرناه ما حكاه الإمام في كتاب النكاح عن أبي بكر الصيدلاني فيما إذا عقد اثنان على امرأة عقد نكاح، وعلم سبق أحد العقدين، لكن لم يعلم عينه، وادعى كل واحد منهما: أن السابق عقده - أن دعواه تسمع على الآخر.

والمحكي عن غيره: أنها لا تسمع؛ فإن وضع الدعوى في الشريعة يقتضي ارتباطًا بالمستحق عليه، ثم يصدر من المستحق عليه إقرار أو[(٢)] إنكار، وليس واحد من المتزوجين مدعيًا استحقاقًا على صاحبه، وليس في يد واحد منهما ما يدعيه صاحبه، وهذا منقدح حسن على قياس الدعاوى.

قلت: وهذا إن صح لا يمنع ما ذكرناه؛ لأن الإمام قال: والذي نراه: أنهما إذا كانا يدعيان علم المرأة بالأسبق، وكان الرجوع إليه ممكنًا - فلا يسوغ تحالفهما من غير مراجعة. فأما إذا اعترفا بأن الأمر مشكل عليها، فالمرأة في هذه الحالة كالشيء المدعى الذي لا يقر ولا ينكر؛ وفي هذه الحالة يجوز أن يقال: يحلفها[(٣)] القاضي؛

---

(١) سقط في ص.

(٢) في أ: و.

(٣) في أ: يحلفهما.

خشية من تعطيل الحق، ويجوز أن يقال: لا يحلفها[(١)]؛ فإنه لا مرتبط لدعواهما بمن يجب ربط الدعوى به. وهذا منه يدل على أن مأخذ المنع إمكان الدعوى عليها، وهو منتفٍ فيما نحن فيه، على أن الذي يظهر صحته ما قاله الصيدلاني وإن كان ضعفه؛ لأن الزوجية قد تحققت لأحدهما، والمانع من التسليم لأحدهما منازعة الآخر؛ ولهذا لو أقر أحدهما بسبق عقد صاحبه، سلمت [المرأة][(٢)] إليه؛ كما قاله الإمام فيما إذا سمعنا دعوى أحدهما على الآخر، فأنكر ونكل، وحلف المدعي؛ فإنا نقضي له بالزوجية. وإذا[(٣)] كان كذلك، فالتحليف يستخرج به الإقرار، وهو متوقف على الدعوى، على أنه لو خرج الخلاف [في ذلك على الخلاف][(٤)] في أن الدعوى بما ليس بنفس الحق، ولكنه ينفع في الحق، هل تسمع - لم يبعد، وكان [يجب طرده][(٥)] في دعوى المعارضات كلها.

والأولى[(٦)] تصوير المسألة الثانية بصورة ذكرها الشيخ وغيره في كتاب الإقرار، وهي ما إذا أقر من في يده عين بأنها لأحد شخصين، ولا يعرفه، وصدقاه؛ فإنها تنزع منه، ويكونان خصمين فيها وإن لم تكن في يد واحد منهما، كما سنذكر المسألة بفروعها ثم إن شاء الله تعالى.

واعلم: أن في كيفية حلفهما هاهنا اختلافًا للأصحاب؛ لأن الشافعي نص في الكبير - أي: «الأم»[(٧)] - على أنه يحلف كل واحد [منهما][(٨)] على النفي، ولا يجمع في يمينه بين النفي والإثبات، [ونص في البيع على أن المتبايعين إذا اختلفا، وتحالفا، يجمع كل واحد في يمينه بين النفي والإثبات][(٩)].

فمنهم من قال: في المسألتين قولان بالنقل والتخريج:

أحدهما: يجمع في يمينه[(١٠)] [بين النفي والإثبات؛ لأن كل واحد منهم مدعٍ ومدعًى عليه.

والثاني: يحلف على النفي][(١١)]؛ لأن اليمين حجة للنفي.

---

(١) في أ: يحلفها.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: وإن.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: طرده يجب.
(٦) في ص: الإقرار.
(٧) في أ: الإمام.
(٨) سقط في ص.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في الأصول: يمينه فيهما.
(١١) سقط في أ.

ومنهم من أقر النصين على ظاهرهما، وفرق بأن في البيع مثبته في ضمن منفيه ضرورة؛ لاتفاقهما على أن العقد واحد، فإذا أثبته بألف، نفاه بخمسمائة، وهنا منفيُّه ليس في ضمن مثبته ضرورة؛ لأنه إذا نفى ما في يده عن صاحبه، لم يصر به مثبتًا ما في يد صاحبه لنفسه؛ وهذا أصح عند الإمام والرافعي، وقد تقدم ذكره في باب التحالف، وأعدته؛ لبعد العهد به.

وعلى كل حال فمن المبدوء به في التحليف؟ فيه وجهان، صرح بهما المحاملي في كتاب الصلح في المسألة التي سنذكرها في هذا الباب، والإمام أشار إليهما هاهنا:

أحدهما: من يختاره الحاكم من غير قرعة.

والثاني: من تخرج له القرعة.

وقد صرح بمثلهما الإمام في كتاب الوديعة؛ حيث قال: إذا ادعى رجلان على شخص وديعة في يده، فقال: هي لأحدكما[1]، ولست أعرف عينه، وامتنع عن اليمين- فإنهما يحلفان، وفيمن يبدأ به الوجهان.

قال الرافعي: ويجوز أن يقال: كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه، فينظر إلى السبق، فمن سبق دعواه بدئ بتحليف صاحبه.

وفي قدر ما يحلف عليه كل واحد منهما وجهان، حكاهما الماوردي في كتاب الصلح:

أحدهما - وهو قول البغداديين-: أنه يحلف على نصفه، وهذا ما اقتضى إيراده هنا ترجيحه، ولم يحك سواه في اليمين عند التنازع في متاع البيت، وبه جزم القاضي أبو الطيب، وقال: إنه لا يجوز أن يستحلف على الكل، ومن صار إلى أنه يحلف على الكل فقد أخطأ.

والثاني: أنه يحلف على جميعه، وهذا قول جمهور أصحابنا، يعني: البصريين.

وفي «النهاية»: أنه يحلف على النصف الذي في يده يمين النفي، وعلى النصف الذي[2] في يد صاحبه يمين الإثبات عند توجهها عليه.

ولو قال: والله إن جميع هذه الدار لي، وليس لصاحبي فيها حق ولا ملك - لم

---

(١) في ص: لأحدهما.

(٢) في ص: الثاني.

يضر؛ فإن اللفظ على هذا الوجه أجمع وأحوى للغرض، لكنه يحلف يمين الرد، وهي يمين الإثبات من غير طلب خصمه، ويمين النفي عما في يده لا سبيل إلى عرضها عليه ما لم يطلبها الخصم.

التفريع:

إن قلنا بالقول المخرج هنا، وعرضنا اليمين على النفي والإثبات على أحدهما، فحلف، ونكل الثاني - لم نحتج إلى يمين الإثبات ثانيًا.

وإن قلنا بالمنصوص، فعرضنا على أحدهما يمين النفي: فإن حلف، عرضنا على الآخر يمين النفي، فإن حلف انقطعت الخصومة، وبقي المدعى في يدهما كما كان، ولو نكل حلف الأول على الإثبات، وثبت المدعى له، فلو أقام الناكل بينة بالملك، فهل تسمع؟ قال الأصحاب: إن قلنا: [يمين الرد][1] مع النكول كإقرار الخصم، لم تسمع، وإلا سمعت.

وفي «التهذيب»: أن الأصح السماع، لأن جعل ذلك كالإقرار حكمًا، لا أنه حقيقة إقرار.

ولو نكل الأول عن يمين النفي، حلف الثاني يمينًا واحدة، يجمع فيها بين النفي والإثبات؛ كما حكاه القاضي الحسين، ولم يحك سواه، وكذلك أبو الفرج الزاز.

وقيل: لا بد من يمين، وهو الأقيس عند الإمام؛ لتعدد المقصود، وتغايرهما.

قال: وإن كان في يد ثالث، أي: وقد ادعى كل واحد من المتنازعين عليه: أن جميع ذلك ملكه - رجع إليه؛ لأنه محكوم له به في الظاهر.

قال: فإن ادعاه لنفسه، فالقول قوله مع يمينه؛ لما ذكرناه فيما إذا كان المدعى عليه واحدًا، قال الأصحاب: ويحلف لكل منهما يمينًا عند طلبه.

قال: وإن أقر به لغيره، وصدقه المقر له - انتقلت الخصومة إليه؛ لأن اليد صارت له، والخصومة إنما تدور بين متنازعين.

قال: وهل يحلف، أي: المقر، [عند طلب][2] **المدعي؟ فيه قولان**[3].

[و][4] القولان في هذه الصورة مبنيان على القولين فيما إذا قال: هذه الدار لزيد

---

(١) في أ: إن اليمين.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) في ص: القولان.
(٤) سقط في أ.

[بل][١] لعمرو، هل يغرم لعمرو؟ فيه قولان يأتيان.

فإن قلنا: يغرم له، حلف هاهنا، وهو الأصح عند النواوي وغيره؛ لأن الأصح الغرم في المسألة المبني عليها.

وفي كيفية يمينه وجهان في «الحاوي» و«البحر»:

أحدهما: أن الدار - مثلا - لفلان؛ لتكون يمينه موافقة لإقراره.

والثاني: أنه لا حق لهذا المدعي فيها؛ لتكون يمينه معارضة للدعوى.

وقال بعض الخراسانيين: إنه لا يلزمني[٢] قيمة الدار إليك؛ لأن العين قد فاتت بالإقرار الأول، وإنما الكلام في القيمة. وهذا كلام الفوراني.

فلو نكل عن اليمين، حلف المدعي، واستحق القيمة.

وقيل: إذا قلنا: إن يمين الرد كالبينة، ينزع المدعى [به][٣] من المقر له، ويُسلم للحالف؛ كما لو أقام بينة؛ حكاه الإمام. وإن قلنا: لو أقر لا يغرم شيئًا، قال ابن الصباغ وأبو الطيب والبندنيجي والقاضي الحسين والروياني والغزالي: لا يحلف. وفيه شيء سأذكره.

وفي «الإشراف»: أنه إذا ادعى رجلان وديعة في يد رجل، فاعترف لأحدهما بها، هل للثاني تحليفه؟ فيه قولان:

فإن نكل عن اليمين، وحلف الثاني، ففي المسألة أربعة أوجه:

أحدها: أن الوديعة تقسم بينهما؛ لأن الأول تعلق بالإقرار، والثاني تعلق بالنكول، واليمين مردودة.

وأصله: قول القسمة في مسألة تعارض البينتين.

والثاني: توقف [في يده][٤]؛ لأنه أمين إلى أن يظهر مالكها.

والثالث: ينتزعها الحاكم من يد المستودع، ويضعها في يد أمين عدل إلى أن يظهر مالكها.

وأصلهما: قول الوقف في تعارض البينتين.

والرابع: أنها تسلم للأول، والمودع يغرم قيمتها للثاني.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ: يلزمه.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.

وأصله: قول من جعل يمين الرد كالإقرار، وهذا ما قال في «الشامل» في كتاب الوديعة: إنه المذهب. وحكى معه الوجه [الأول والثاني][(١)]، ونسب الكل إلى تخريج ابن سريج.

والقولان المذكوران في الكتاب في التحليف جاريان - كما ذكره الإمام وغيره في كتاب النكاح- فيما إذا [ادعى][(٢)] شخص زوجية امرأة، فأقرت له، وقبلنا إقرارها، ثم ادعى شخص آخر عليها الزوجية، وطلب يمينها، فإن قلنا: إنها لو أقرت غرمت، حلفت؛ كما نص عليه في «الإملاء»، فإن نكلت، حلف وغرمها.

وماذا تغرم؟ قال الإمام: [(٣)]هو كمقدار ما يغرمه الشهود على الطلاق إذا رجعوا.

وعن الصيدلاني حكاية قولين فيه:

أحدهما - وهو مخرج على قياس الجديد؛ كما قاله الإمام، وليس منصوصًا عليه-: أنها تغرم كما ذكرناه.

والثاني- وهو محكي عن القديم-: أن نكاح الأول ينفسخ، ويثبت الثاني؛ بناء على أن يمين الرد كالبينة. وهذا ما حكاه في «المهذب»، و«الشامل»، وحكيا[(٤)] وجهًا نسبه ابن الصباغ إلى أبي إسحاق - تفريعًا على قولنا: إن يمين الرد كالإقرار-: أنه يحكم ببطلان النكاحين؛ لأن مع الأول إقرارًا، ومع الثاني ما يقوم مقام الإقرار؛ فصارت كما لو أقرت لهما في وقت واحد.

والصحيح عند الصيدلاني وغيره: الأول؛ فإنا وإن جعلنا يمين الرد كالبينة فذاك في حق الناكل، والحالف لا يَعْدُوهما، فأما تنزيلها كالبينة في حق ثالث سواهما فلا سبيل إليه، ويحققه أن سبب حلف الثاني نكولها[(٥)]، فلو قضينا بيمين الرد على المقر له، لكان ذلك قضاء عليه بسبب قول المقر، ولا نأمن أن تواطئه، فيحلف، وتنكل، ولا يلزمها من النكول شيء.

وإن قلنا: لا يغرم لو أقرت، فلا يحلف؛ كما نص عليه الشافعي في تحريم الجمع من «الأم».

---

(١) في ص: الثاني والأول.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: و.
(٤) في أ: وحكى.
(٥) في ص: نكولهما.

وقال الإمام وابن الصباغ: إنه ينقدح تحليفها.

وإن قلنا: لو أقرت لا تغرم إذا فرعنا على القديم، وحكمنا بأن نكاح الأول ينتفي، ويثبت [نكاح][١] الثاني إذا نكلت، وحلف الثاني - فإنا نبغي بالتحليف فائدة ثبوت النكاح في حق الثاني إذا كان ممكنًا، وهو[٢] أظهر في الفائدة من تقدير غرم؛ فكأن إقرارها الأول لا يستقر ما لم يحلف الثاني؛ وهذا ما حكاه الغزالي عن القديم، ثم قال: وهو بعيد؛ إذ نكولها كيف يرد إقرارها ويزاحمه؟!

وقد صرح القاضي الحسين بما يقرب من ذلك في باب الدعوى على كتاب أبي حنيفة، حيث قال: إذا قلنا: لو[٣] أقرت لم تغرم، انبنى تحليفها على أن النكول ورد اليمين بمنزلة الإقرار أو[٤] بمنزلة البينة؟ إن قلنا: بمنزلة الإقرار، لم تحلف، وإن قلنا: بمنزلة البينة، تحلف. لكنه قال: إنها إذا عرضت عليها اليمين على هذا، فنكلت-يحلف المدعي، وينفسخ نكاح الأول، ولا تصير زوجة للثاني؛ لأن المرأة لا تتحول من شخص إلى شخص؛ فلا تقبل نقل[٥] الملك، بخلاف الأعيان.

وأبعد منه ما حكاه الإمام هنا حيث قال: إذا ادعى على امرأة يحسبها خلية نكاحًا، وأنكرت، ورددنا[٦] اليمين على الخصم[٧]، فحلف، وسلمناها له، فجاء مدعٍ وادعى نكاحها، وأقام [على ذلك][٨] شاهدين عدلين - فقد قال الشيخ في «الشرح»: إن قلنا: يمين الرد كالبينة، كان سبيلها كسبيل بينتين تعارضتا: فإن حكمنا بالتساقط فهما على مجرد الدعوى منهما، وإن حكمنا بالاستعمال فلا يجيء هنا إلا القرعة؛ وهذا على نهاية البعد؛ فإن فيه تقديم قول المدعي ويمينه على شهادة شاهدين عدلين يقيمهما آخر، وهذا لا يحتمل.

قلت: وما ذكرناه[٩] من التفاريع يظهر مجيئه في غير النكاح.

فرع: إذا قلنا: يسترد المدعى من المقر له عند حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه؛ تفريعًا على قولنا: إن يمين الرد كالبينة - فهل يغرم المقر للمقر له القيمة؛ بناء

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: وهذا.
(٣) في أ: إذا.
(٤) في أ: و.
(٥) في أ: قول.
(٦) في أ: وردت.
(٧) في أ: الخصوم.
(٨) سقط في ص.
(٩) في أ: يظهر.

على أن الحيلولة القولية توجب الغرم؟ فيه وجهان:

أصحهما في «النهاية» هنا: [لا][(١)]؛ لأنه يقول: لا يلزمني أن أحلف لك، وعليَّ ألا أقر لغيرك إذا رأيتك مستحقا.

والثاني: يلزمه الغرم؛ فإن الدار انتزعت منه بسبب نكوله، والسبب يوجب الضمان كالمباشرة.

وحكى في كتاب الإقرار في المسألة طريقين:

أحدهما: القطع بأنه لا يغرم له شيئًا.

والثاني: إجراء قولين في الغرم؛ كما إذا أقر بعين لفلان، ثم أقر بها لآخر.

وهذا خبط عظيم، وتخليط مجاوز للحد.

قال: وإن كذبه المقر له، أخذه الحاكم، وحفظه إلى أن يجيء صاحبه؛ لأن من في يده ذلك قد اعترف بأنه ليس له، والذي أقر له به قد رده، فأخذه الحاكم حتى يثبت مستحقه؛ فيسلمه إليه؛ كالمال الضال؛ وهذا قول ابن سريج، وهو الأصح عند المتولي وابن أبي الدم، والمختار في «المرشد».

وقيل: يسلم [إلى المدعي][(٢)] - أي: بيمينه- لأن صاحب اليد لا يدعيه، والمقر له ينكره؛ فلم يكن للمدعي منازع فيه؛ فوجب تسليمه إليه؛ وهذا محكي عن أبي إسحاق؛ وهذا أضعف الوجوه[(٣)]، لأن تسليم ذلك إليه من غير بينة، ولا إقرار، ولا ظاهر يد -محال؛ وهذا التعليل الذي ذكر[(٤)] في توجيه قول أبي إسحاق ظاهر فيما إذا كان المنازع واحدًا، أما إذا كان المنازع اثنين- كما اقتضاه كلام الشيخ من أول المسألة- فيظهر أن يقال على هذا الوجه: يكون بينهما، وتبقى الخصومة بينهما، ويؤيد ذلك أن الماوردي قال تفريعًا على هذا الوجه: لو كان المنازع واحدًا، وحضر مدعٍ له بعد التسليم إلى الأول بيمينه، ونازعه فيه، هل يكون منازعًا فيها لذي يد، أو لغير ذي يد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون منازعًا لذي يد؛ لتقدم الحكم بها، فصارت يدًا؛ فيكون القول قوله فيه مع يمينه.

---

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: للمدعي.

(٣) زاد في أ: وغيرها.

(٤) في ص، ع: ذكره.

والثاني: يكون منازعًا لغير[(١)] ذي يد؛ لأنه دفع إليه بيمين من غير يد؛ فيحلفان، ويكون بينهما؛ كالمتداعيين لما ليس في أيديهما.

وفي «الشامل»، و«تعليق» البندنيجي في أصل المسألة وجه ثالث: أنه[(٢)] يقال للمقر: من أقررت له قد رد إقرارك؛ فإما أن تدعيه لنفسك؛ فتكون الخصم فيه، أو تقر به لمن يصدقك؛ فيكون الخصم، وإذا لم تفعل ذلك جعلناك ناكلًا، وحلفنا المدعي، وسلمناه إليه. وهذا معنى قول الغزالي هنا والمصنف في باب الإقرار، وغيرهما: إنه يقر في يد صاحب اليد؛ لأن إقراره قد بطل بالرد؛ فصار كأنه لم يقر؛ فتأمله.

وقد صحح القاضي الحسين هذا الوجه، وقال: إنه طريقة القفال.

وقال الإمام في كتاب الإقرار: إنه الذي ذهب إليه الأكثرون.

وسأذكر بعد ذلك عن البندنيجي وغيره ما يقتضي: أنه الصحيح، وسنذكر في الإقرار وجهًا آخر: أنه يجبر المقر له على أخذه؛ لأنه ثبت الملك له بالإقرار ظاهرًا، والإنكار لا يسقط الحق، وقد حكاه ابن يونس هاهنا[(٣)].

قلت: وهو يتركب من أمور:

أحدها: أن المقر لا يغرم لو رجع [عن إقراره.

والثاني: أن العين تنزع من يد المقر، ولا يسمع إقراره بها.

والثالث: لو رجع][(٤)] المقر له وادعاها لسلمت له -كما سنذكره- لأنه[(٥)] إذا فرع على ذلك، انسد على المدعي باب الوصول إلى حقه؛ فتعين فتحه بإجبار المقر له على أخذه.

وقد قاس القاضي أبو الطيب الوجه المعزي إلى اختيار القفال في كتاب الصلح، على ما إذا قال لرجل: [لك][(٦)] عندي ألف درهم، فقال: ما لي عندك شيء- فإنه لا يصح هذا الإقرار، ولا يلزمه شيء؛ فكذلك هاهنا؛ وهذا من القاضي تفريع على الصحيح، وإلا فقد حكى الرافعي في كتاب الرهن: أن الإنسان لو أقر بأنه جنى على

---

(١) في أ: والغير.
(٢) في أ: أن.
(٣) في ص: هنا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: فإنه.
(٦) سقط في ص.

المرهون، وكذبه الراهن، وصدقه المرتهن [وأخذ منه الأرش، ثم حصلت البراءة من الدين - فيما يفعل بما أخذ من الأرش وجهين:

أصحهما:][1] أنه يرد إلى المقر، وبه جزم في «الحاوي»، و«الاستقصاء».

والثاني: يجعل في بيت المال[2].

فرع: إذا رجع المقر له بعد التكذيب، وقال: تذكرت واستبنت صدق المقر فيما أقر لي به، فهل يسلم إليه؟ قال الإمام هاهنا: فيه وجهان:

أحدهما: لا، حتى يجدد المقر إقرارًا آخر؛ لأن الأول ارتد، وبطل بالتكذيب؛ كالقبول في الوكالة إذا ردها الوكيل، لا بد من توكيل آخر [إن أراد الوكيل القبول؛ وهذا ما ذكره القاضي.

والثاني: أنه مهما صدقه زال أثر التكذيب، واستقر الإقرار، ولا يحتاج إلى تجديد إقرار آخر؛ وهذا ما][3] جزم به في كتاب الإقرار، ثم ادعى أنه لا خلاف فيه، ويخالف

---

(١) سقط في ص.

(٢) قوله: وإن أقر بعين لغيره فكذبه المقر له؛ بطل إقراره عند القفال والأكثرين، وقيل: يحفظه الحاكم، ثم قال: وقد قاس القاضي أبو الطيب الوجه المعزى إلى اختيار القفال في كتاب الصلح على ما إذا قال لرجل: لك عندي ألف درهم، فقال: ما لي عندك شيء، فإنه لا يصح هذا الإقرار، ولا يلزمه شيء، فكذلك هنا، وهذا من القاضي تفريع على الصحيح، وإلا فقد حكى الرافعي في كتاب الرهن أن الإنسان لو أقر بأنه جنى على المرهون فكذبه الراهن وصدقه المرتهن وأخذ منه الأرش ثم حصلت البراءة من الدين، ففيما يفعل مما أخذ من الأرش وجهان، أصحهما: أنه يرد إلى المقر وبه جزم في الحاوي والاستقصاء، والثاني: يجعل في بيت المال. انتهى كلامه. فيه أمران:

أحدهما: أن ما زعمه من أن الوجه الذي حكاه الرافعي في مسألة الرهن يجري في الدَّين سهو، فإن الوجه المذكور محله على ما حكاه المصنف وغيره بعد قبض الدين من المقر وحصول البراءة من دين المرتهن، وفي تلك الحالة المقرُّ به عين لا دين؛ لأن المقر يدعي أنه ليس مالكًا له لكونه أقبضه إقباضًا صحيحًا عما في ذمته بزعمه، فالمسألة عكس المسألة، ولو فرضنا أن محله أيضًا قبل القبض؛ لم يلزم جريانه في مسألتنا؛ لأنا هناك حكمنا أولًا بصحة الإقرار لتعلق حق المرتهن به، فاستصحبنا الصحة بعد ذلك بخلاف ما نحن فيه.

الأمر الثاني: أن استنباطه لهذا الوجه مما ذكره دليل على أنه لم يقف على التصريح به في مسألتنا وهو غريب، فإن الرافعي قد صرح به في الركن الثاني من كتاب الإقرار، وسيكون لنا عودة هناك إن شاء الله تعالى إلى ذكر لفظه. [أ و].

(٣) سقط في أ.

الوكالة؛ فإنها إنشاء بتسليط، فإذا حكم ببطلانها فلا بد من استفتاح التسليط، والإقرار إجبار؛ فإذا صدر من المقر، وتمادى فيه المقر [له][(١)]، ثم وافق - جرينا على استمرار الإقرار.

وبنى المتولي وغيره الخلاف في هذه المسألة على الخلاف السابق، فقال: إن قلنا: يترك في يد المقر، فهو حكم منا بإبطال ذلك الإقرار؛ فلا يصرف إلى المقر له إلا بإقرار جديد. وإن قلنا: ينزعه القاضي ويحفظه؛ فكذلك لا يسلم إليه -أيضًا- بل لو أراد إقامة البينة على أنه ملكه، لم تسمع.

وإن قلنا: إنه يجبر المقر له على القبول، والقبض - كما هو وجه بعيد في المذهب- سلم له.

وهذا البناء يقتضي أن الظاهر أنه لا يسلم إليه.

ولو لم يرجع المقر [له][(٢)] عما ذكره من الجحود، لكن رجع المقر، وقال: غلطت فيما أقررت به، وإنما هو ملكي أو ملك لفلان - فهل يسمع منه؟

قال الماوردي: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها : لا يقبل بحال؛ لأن إقراره الأول أكذب[(٣)] الثاني؛ فعلى هذا يكون الحكم كما لو أقام على إقراره الأول.

قلت: إلا في قولنا [له: إما أن][(٤)] تدعيه لنفسك، أو تقر به لغيرك، أو نجعلك ناكلًا؛ لأن هذا القول مع رد اعترافه لا يجتمعان.

والثاني : يقبل.

والثالث: إن ادعاه لنفسه لم يقبل، وإن نسبه لغيره، قبل؛ لأنه متهم في ادعائه لنفسه، وغير متهم في الإقرار به لغيره.

وقال الإمام في كتاب الإقرار: إن قلنا: إنه ينزع من يده، [فلا تقبل دعواه؛ وعلى هذا -أيضًا- لا تسمع الدعوى عليه بها؛ صرح به هو والقاضي الحسين أيضًا.

وإن قلنا: نقره في يده، فظاهر المذهب: أنه لا تقبل دعواه أيضًا.

وأبعد بعض أصحابنا، فقبل تكذيبه نفسه، ونفذ تصرفه؛ على شرط أن يصر المقر

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في ص: من.
(٤) في ص: إن ما.

على الإنكار والجحد، وهذا بعيد لا أصل له.

وقال هاهنا: إذا لم ننزعه من يده، ولم نقبل رجوع المقر له عن الجحد، لكنه مصر عليه - ففي قبول رجوع المقر التردد الذي ذكرنا، فإن قبلنا رجوعه، فرجع المقر له -أيضًا- عن الجحد، وصدقه في الإقرار، وكذبه في دعوى الرجوع][1]، ولم نقبل رجوع المقر له عن الجحد - فكذلك لا نقبل دعوى المقر الغلط، وإن قبلنا رجوع المقر له عن الجحد وصدقه في الإقرار، فكذبه في دعوى الرجوع - ففيه تردد.

وظاهر قول القاضي: أنه لا مبالاة بقول المقر له، وكلامه في الإقرار الذي حكيناه يقتضي أن المقر له إذا رجع بعد رجوع المقر يسلم إليه.

نعم، لو رجع المقر له، وقد تصرف المقر بعد رجوعه تصرفًا لازمًا في وضعه، وقبلناه- قال: فقد يتجه أن يقال: إنا لا نحكم بنقض التصرف؛ لتعلق حق ثالث[2] بمحل التصرف.

فرع آخر: إذا كان المدعى به عبدًا، وقد أقر من هو في يده: أنه لغير المدعي، وكذبه المقر له - فهل يكون الحكم فيه كالحكم في غيره؟ لم أر في هذه المسألة نقلا.

نعم، في «الشامل» و«تعليق» أبي الطيب، و«مجموع» المحاملي في كتاب الإقرار فيما إذا أقر شخص لعبد في يده لعمرو، وأقر العبد[3] بأنه ملك لزيد، ورد عمرو الإقرار وجهان:

أحدهما: [أنه][4] يعتق؛ لأن الذي هو في يده قد اعترف أنه ليس له، والذي أقر له به رد الإقرار وأبطله، وإقرار العبد بأنه[5] ملك لزيد لا يسمع في هذه الصورة؛ فلم يبق إلا أن يكون حرًّا؛ كما قلنا في اللقيط إذا اعترف بالرق لمن كذبه؛ فإنه يحكم بعتقه.

ومنهم من قال: يبقى على الرق؛ لأن الأصل رقه وملك المقر، فإذا أقر به لغيره فرد، كان باقيًا على رقه، ويخالف اللقيط؛ لأن الأصل في الدار الحرية، فإذا أقر لمن

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ماله.
(٣) في ص: له.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: أنه.

لا يقبل، حكم بحريته بالأصل.

وعلى هذا قال ابن الصباغ والقاضي أبو الطيب وغيرهما: فماذا[١] يصنع به؟ فيه الأوجه الثلاثة التي ذكرناها في كتاب الصلح. وعنوا ما حكيناه من قبل، لكن من جملتها وجه: أنه يسلم للمدعي، وقضية ذلك: أن يسلم في هذه الصورة لمن أقر له العبد بالرق فرد إقراره؛ إذا كان يدعيه؛ وهذه الأوجه يمكن أن يقال بمثلها فيما نحن فيه -أيضًا- والله أعلم.

قال: وإن[٢] **أقر به لغائب** - أي: معروف - **انتقلت الخصومة إليه**؛ لأن من في يده العين نفى أن تكون مملوكة له؛ فلا خصومة بين المدعي وبينه؛ وهذا ما أجاب به أكثرهم، ونسبه الإمام إلى العراقيين، وقال: إنه القياس الذي لا يجوز غيره.

وقيل: لا تنقطع الخصومة بالإضافة إلى الغائب؛ لأن فتح ذلك يؤدي إلى الإضرار بالمدعين؛ فإنه لا يعجز كل مدعى عليه عن دفع الخصومة عنه بإضافة العين إلى غائب لا يرجى وصوله؛ وهذا ما حكاه الإمام عن شيخه وبعض المصنفين، ولم يورد البغوي وصاحب «الرقم» سواه، قال الرافعي: وهو ظاهر لفظ «المختصر».

ولا فرق في جريان الخلاف -كما أطلقه الجمهور- بين أن يكون صاحب اليد قد أسند يده إلى إجارة، أو إعارة، أو وديعة، أو[٣] اقتصر على قوله: ليس لي، وإنما هو لفلان.

وعن أبي عاصم العبادي -كما حكاه في «الإشراف»، وغيره-: أن محل الخلاف إذا بيّن جهة اليد بما ذكرناه، أما إذا اقتصر على قوله: ليس لي، وإنما هو لفلان- لم تنتقل الخصومة إليه بحال.

التفريع:

إن قلنا بعدم انصرافها عن الحاضر بمجرد إقراره، فللمدعي طلب يمين صاحب اليد: إنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل حلف المدعي، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، كانت العين مردودة إليه بلا حجة؛ لأن اليد له بإقرار صاحب اليد، والمدعي يستأنف[٤] الخصومة معه.

---

(١) في أ: فما.
(٢) في التنبيه: فإن.
(٣) في أ: و.
(٤) في أ: استأنف.

وإن قلنا بانصراف الخصومة عن الحاضر، وقف الأمر إلى حضور الغائب إن لم يكن للمدعي بينة؛ لما تقدم أن الدعوى على الغائب لا تفيد عند عدم البينة، لكن هل للمدعي طلب يمين صاحب اليد؛ لأجل الرجوع عليه بالغرم إذا أقر، أو نكل وحلف هو؟ فيه القولان السابقان بفروعهما.

فإن قلنا بالصحيح - وهو [جواز](١) طلب التحليف- فلو أراد صاحب اليد أن يقيم بينة بأن الملك للغائب؛ ليسقط عنه اليمين، فهل تسمع؟

قال المراوزة: فيه ثلاثة أوجه:

[أحدها:] (٢) وهو قول الشيخ أبي محمد-: لا تسمع إلا أن يثبت وكالة نفسه؛ لأنه ليس بمالك، ولا نائب عن المالك(٣)؛ فإقامة البينة فضول منه؛ وهذا ما صححه في «الوجيز».

وعلى هذا يكون الحكم كما لو لم يقم بينة.

والثاني: أن البينة تسمع لا لإثبات الملك للغائب، ولكن ليدفع(٤) الخصومة والتحليف عن نفسه؛ فإنه لا طريق لمن في يده ملك غيره إلى صرف الخصومة عن نفسه إلا هذا؛ فإنه ليس من الممكن أن يقيم بينة على أن العين ليست له؛ وهذا ما اختاره المحققون؛ كما قاله الإمام، وأورده العراقيون: كالبندنيجي، وابن الصباغ، وغيرهما.

وعلى هذا يندفع عنه التحليف جزمًا وهو من فوائد السماع التي سنذكرها.

فإن قلت: قد ذكرتم ما إذا ادعى على شخص عينًا في يده، وطلب يمينه، فأراد أن يقيم بينة على أنها ملكه؛ ليدفع عن نفسه اليمين - أن المذهب عدم السماع؛ لأنه قادر على فصل الخصومة باليمين؛ فلا يعدل إلى فصلها بالبينة المتوقفة على النظر في عقبات، وهذا موجود هنا.

قلت: قد يعذر الإنسان في الامتناع عن الحلف على إثبات الملك لغيره؛ لعدم علمه بأسباب الملك، ولا كذلك في حق نفسه؛ لقدرته(٥) على الاطلاع على السبب المملك(٦)؛ فلذلك سمعت البينة هنا، ولم تسمع ثم، والله أعلم.

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: على الملك.
(٤) في أ: ليدع.
(٥) في أ: لمقدرته.
(٦) في أ: سبب الملك.

والثالث: [أنه][(١)] إن ادعى لنفسه علقة من وديعة، أو عارية، وشهدت له البينة بذلك - سمعت، [و][(٢)] إلا فلا.

قال الإمام: وهذا اختيار القاضي، وليس يليق هذا بمنصبه؛ فإن السر المتبع ما ذكرناه من انصراف الخصومة عنه، وقطع العلائق، والوديعة لا تثبت للمودع حق المخاصمة؛ فلا معنى لاشتراط ادعائها.

وهذا كله إذا لم يكن للمدعي بينة، أما إذا كانت له بينة بالملك، ولم يقم صاحب اليد بينته بالملك للغائب - فلا شك أنا نقضي للمدعي بموجب بينته، لكن [هل][(٣)] هذا قضاء على الغائب حتى يحتاج فيه إلى اليمين، [أو قضاء على حاضر- وهو صاحب اليد- حتى لا يحتاج فيه إلى اليمين][(٤)]؟ فيه وجهان في كتب العراقيين، و«التهذيب».

والمنصوص منهما في «الأم» - كما قال البندنيجي-: الاحتياج إلى اليمين؛ لأنه قال: «من رأى القضاء على الغائب أحلفه مع يمينه»، وهو الذي صححه في «الإشراف».

وقال الإمام: هو الذي يوافق مذهب العراقيين، وليس لقولهم: هذا قضاء على الحاضر، وجه.

ومقابله منسوب إلى أبي إسحاق، وتمسك فيه بأن المزني قال: قضى بها على الذي هي في يده.

ولأن الظاهر أنها ملكه.

قال الإمام: وبهذا قطع شيخي ومن وافقه -يعني: في عدم انقطاع الخصومة عن الحاضر بمجرد إقراره- وهو مستقيم على طريقهم[(٥)].

وقال الرافعي: [إنه][(٦)] الذي رجحه العراقيون والروياني.

وفي «البحر»: أنه المنصوص عليه في «الأم»؛ لأنه قال: يقال لهذا المدعي: أقم البينة على دعواك، وللذي في يده: ادفع عنه، فإن أقام المدعي البينة، قضى بها على

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: طريقة.
(٦) سقط في أ.

الذي هي في يده، وكتب في القضاء: إني إنما قبلت بينة فلان المدعي بعد إقرار الذي في يده الدار بأن هذه الدار لفلان، ولم يكن فلان المقر له، ولا وكيل له - حاضرًا؛ فقبلت البينة لفلان المدعي على هذا الدار - ويحكي شهادة الشهود- وقضيت بها على فلان الذي هي في يده، وجعلت فلانًا المقر له بها على حجته يستأنفها، فإذا حضر أو وكيل له، أستأنف الحكم بينه وبين المقضي له.

ولو أقام صاحب اليد -أيضًا- بينة بأن العين للغائب، قال الشافعي -كما حكاه في «البحر»-: حكمت ببينة المدعي، وسلمت الدار إليه، ولا حكم لبينة الغائب.

ومشى العراقيون على هذا؛ بناء على جزمهم في الحالة السابقة بالوجه الثاني، لكن فيما إذا كان صاحب اليد قد أسند يده[1] إلى إيداع أو عارية.

ووجهوه بأن هذه بينة مقامة من غير طلب [صاحب][2] الحق ولا وكيله؛ فلم يثبت بها الملك؛ كما إذا حجر الحاكم على شخص بالفلس، وأراد قسمة ماله بين غرمائه، فشهد شاهدان: أن هذه العين ملك فلان الغائب -لا يلتفت إلى تلك الشهادة، ولا تؤخر القسمة من أجلها، بل تقسم العين بين الغرماء.

نعم، لو كان صاحب اليد قد أسند يده إلى رهن أو إجارة، وأقام بينة على الغائب بذلك، وله بالملك - فوجهان:

أحدهما: لا يقضي له بذلك؛ كما لو كانت وديعة؛ [وهذا ما اختاره أبو إسحاق؛ كما حكاه في «الحاوي».

والثاني: يقضي له بالإجارة أو الرهن، وللغائب بالملك][3]؛ لأنه قد تعلق به حق لهذا الحاضر؛ فأشبه ما لو كان المقر له حاضرًا، وأقام بينة بالملك.

قلت: وهذا يمكن بناؤه على أن للمستأجر والمرتهن حق المخاصمة عند غصب العين، وهو الذي اختاره القفال؛ كما حكاه الرافعي في آخر هذا الكتاب، وقد نسب الإمام هذا الوجه إلى رواية العراقيين عن أبي إسحاق، وفي «المهذب»[4] و«الإشراف»، و«البحر»: أن أبا إسحاق رواه عن بعض الأصحاب، وليس بشيء بالاتفاق.

---

(١) زاد في أ: أي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: التهذيب.

والمراوزة ذكروا الوجهين الآخرين في المسألة السابقة هاهنا -أيضًا- وجزم الأصحاب بعدم القضاء بالملك للغائب في حالة إسناد[١] اليد إلى الوديعة، وفيه نظر؛ لأن الإمام في كتاب الوديعة حكى وجهين في أن المودع هل له حق المخاصمة إذا غصب الوديعة من يده أم لا؟ فإذا أثبتناه له يظهر أن يقال: إن الملك ثبت للغائب في هذه الصورة؛ كما لو كان من بيده العين وكيلًا عن الغائب، فإنه لا خلاف في الحكم للغائب بالملك، ولا يسلم للمدعي[٢]؛ كما صرح به الإمام وغيره.

وإذا صح ذلك انبنت مسألة المستأجر والمرتهن على الوديعة:

فإن قلنا: يثبت الملك للغائب بدعوى المودع، فثبوته بدعوى المستأجر والمرتهن أولى، وإلا ففيه الوجهان، والله أعلم.

قال البندنيجي وابن الصباغ وغيرهما: فإن قيل: إذا سلم الملك بالبينة للمدعي عند إقامة صاحب اليد البينة بالملك للغائب، فما فائدة سماع البينة بالملك للغائب؟

قلنا: فائدتها عدم وجوب اليمين على صاحب اليد، وانتفاء التهمة عنه -كما تقدم- وأن الحكم في هذه الحالة إذا وقع بالبينة يكون قضاء على الغائب جزمًا حتى تتوجه اليمين على المدعي إذا طلب الحكم، وعلى التحليف نص في «الأم»؛ فيحلف: إن ما شهد شهوده به حق، ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه؛ كما قاله في «البحر».

وما ذكره من عدم وجوب اليمين على صاحب اليد كلام الفوراني منازع فيه؛ فإنه قال: الصحيح: أنه يقضي على ذلك الغائب؛ فيحلف المدعي مع البينة، وقيل: يقضي على الحاضر؛ لأن الشيء في يده حتى لا يحلف المدعي، ثم إذا حضر الغائب، فإن أعاد البينة التي شهدت له في الغيبة، قضى له؛ لأنه صاحب اليد؛ وهذا مما لا خلاف فيه؛ كما قاله الإمام، وإن أجري خلاف فيما إذا ادعى على شخص حاضر بدار، وأقام بينة، وقضى له بالبينة، وأزيلت يد المدعى عليه، ثم وجد بينة -في أن الدار هل ترد إلى يده ونقدره صاحب يد أو لا؟ والفرق: أن الغائب معذور؛ لغيبته، بخلاف الحاضر.

ومثل هذا ما ذكرناه فيما إذا حضر الغائب، وأقام بينة على جرح الشهود وقت

---

(١) في أ: استناد.

(٢) في أ: إلى المدعي.

الحكم - ينقض قولًا واحدًا، وإن جرى في نقضه لو كان الحكم على حاضر خلاف؛ لما أشرنا إليه من الفرق.

فإن قيل: قد حكى الغزالي وغيره -كما سنذكره- فيما إذا كانت العين في يد ثالث، وأقام كل واحد منهما[١] بينة [بالملك][٢]، فهل يكون إقرار الثالث لأحدهما بالملك مرجحًا[٣] له - وجهين، ولا يظهر بينهما فرق.

قلت: محل الوجهين ثَمَّ إذا وجد الإقرار بعد تمام البينتين والحكم بعدم الملك لصاحب اليد - ظاهرًا، وشرط الإقرار المقبول أن يكون [للمقر على][٤] المقر به يد تدل على الملك؛ فلا جرم لم يؤثر ثم، وأثر هاهنا[٥]؛ لأنه صدر للغائب، واليد تدل على الملك ظاهرًا، ثم إذا حضر الغائب، وانتزع العين بالبينة، ورام المدعي تحليف صاحب اليد؛ ليحلف عند نكوله، ويلزمه الغرم -لم[٦] يجد إلى ذلك سبيلًا قولًا واحدًا؛ فإن الملك استقر[٧] للمقر له بالبينة؛ فخرج إقرار المقر عن كونه مقتضيًا حيلولة.

قال الإمام: ولا مبالاة باقتضاء الإقرار له ما يرجح بينته إذا كانت الإحالة على البينة.

قال: وإن أقر [به][٨] **لمجهول**، أي: مثل أن قال: هو لرجل لا أعرفه، وقد نسيت اسمه، وعيْنَهُ- قيل له: إما أن تقر [به][٩] **لمعروف، أو نجعلك ناكلًا.**

أصل هذه المسألة: أن الإقرار للمجهول غير صحيح على المشهور؛ لعدم تعيين[١٠] الطالب.

وقضية ذلك: أنه إذا أقر لمن في هذه الدار، ولم نعلم عينه: أن يصح؛ لانحصار المقر له، وإمكان الاطلاع عليه؛ كما إذا أقر للحمل.

لكن قد صرح الماوردي عند الكلام في الوصية للحمل بعدم الصحة.

وفي «الإشراف»: أن صاحب «الإفصاح» قال: يسمع الإقرار للمجهول[١١]؛ لأنه

---

(١) في أ: منهم.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: ترجيحًا.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: هنا.
(٦) في ص: ولم.
(٧) في ص: ليستقر.
(٨) سقط في التنبيه.
(٩) سقط في ص.
(١٠) في أ: تعين.
(١١) في أ: لمجهول.

قد يجب الإقرار للمجهول؛ كما في اللقطة يلتقطها فيقر[(١)] بها الملتقط لصاحبها، وصاحبها مجهول.

فإذا تقرر ذلك عدنا إلى قول الشيخ: قيل له: إما أن تقر به لمعروف، أو نجعلك ناكلًا، أي: فيحلف [المدعي][(٢)] وتسلم إليه العين؛ لأنه يريد أن يصرف بذلك الخصومة عن نفسه بأمر[(٣)] لا يمكن تداركه بالرجوع إلى من أسند الملك إليه؛ فلم يقبل منه؛ لما فيه من الإضرار؛ وهذا ما اختاره في «المرشد».

وقيل: يقال له: إما أن تقر به لمعروف، أو [تدعيه][(٤)] **لنفسك، أو نجعلك ناكلًا**؛ لأن الإقرار للمجهول لما لم يصح، صار وجوده كعدمه، وهو لو لم يقر، كان له أن يدعيه لنفسه، أو يقر به لغيره، فإن لم يفعل، كان ناكلا.

وعلى الوجه الأول: لو ادعاه لنفسه، لم يقبل؛ لأن إقراره بأنه ملك للغير صريح [في][(٥)] نفي الملك عن نفسه فآخذناه به.

وهذان الوجهان محكيان عن ابن سريج، وهما جميعًا متوافقان على عدم انصراف الخصومة عنه.

قلت: وهما شبيهان بما ذكرناه من الخلاف في أن التصرف المردود، هل يكون حكمه حكم الصحيح بالنسبة إلى قطع الحق أم لا، كما حكيناه في البيع وغيره؟

وفي «النهاية» وغيرها حكاية وجه: أن القاضي ينتزع العين من يده إذا أقر بها لمجهول؛ كما قلنا فيما إذا أقر بها لمعين، وكذبه؛ وحينئذ تأتي التفاريع السالفة.

ولو أقر لمجهول، ولم يكن ثم مدعٍ، مثل أن قال: هذه العين غصب[(٦)]، ولم أعرف غصبتها ممن-:

قال البندنيجي وغيره في كتاب دعوى الدم: يقال له: الملك لك في الظاهر، تصرف فيها كيف شئت حتى يعرف مالكها.

وقال الرافعي ثم: إن في مثل هذا خلافًا مشهورًا، وقد حكاه الإمام قبل باب القافة بأربع ورقات - أو أكثر - وجهين:

---

(١) في ص: ويقر.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: بأنه.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: غصبتها.

أحدهما: [أنه][(١)] لا حكم لإقراره.

والثاني: يؤخذ منه، ويحفظ؛ كالمال الضائع.

وجميع ما ذكرناه يأتي فيما إذا قال: هذه الدار ليست لي، مقتصرًا على ذلك، أو قال: هي لرجل لا أسميه.

لكن جريان الوجه بانتزاع العين من يده في الصورة السالفة -كما قال الإمام- أوجه من جريانه في هاتين الصورتين، مع أن الصحيح في الكل: عدم الانتزاع.

لكن قد حكى القاضي الحسين [فيما][(٢)] إذا قال: هذه الدار ليست لي ولا لك، ولا أعرف لمن هي، ولا يلزمني تسليمها إليك -ثلاثة أوجه:

أصحها: أنها تنزع من يده.

والثاني: تسلم للمدعي.

وسكت عن الثالث، ويظهر أنه: يقال [له][(٣)]: إما أن تدعيها لنفسك، أو تقر بها لمعروف، أو نجعلك ناكلا؛ لما سنذكره من كلام البندنيجي وغيره.

وقضية ذلك: أن يكون الحكم فيما ذكرناه كذلك، لكن إيراد البندنيجي والرافعي موافق للإمام؛ لأنهما قالا في كتاب الصلح: إذا أقر شخص لشخص بدار، وقد ادعى نصفها، [وأخوه نصفها][(٤)]، فقال المقر له: لا أملك فيها إلا النصف، ولا أعرف النصف الآخر لمن - فيما يفعل بالنصف ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يقر في يد المقر.

والثاني: ينتزعه الحاكم من يده، ويحفظه إلى أن يجيء صاحبه.

والثالث: يسلمه[(٥)] للمدعى عليه.

وقد حكى الأوجه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والإمام ثم، والمصنف هنا، واختار في «المرشد» الثاني منها.

فروع:

إذا قال من في يده العين: هي لكما، سلمت لهما، ولكل واحد منهما أن يحلف صاحبه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: يسلم.

قال البندنيجي: وهل له أن يحلف المقر؛ لأجل الغرم؟ فيه القولان.

ولو قال [من[١] في يده العين][٢]: هذه الدار لهذا الصبي أو المجنون- قال في «الإبانة»: لا تنصرف الخصومة عنه.

وغيره قال: هو كما لو قال: هي لهذا البالغ العاقل. وتكون المخاصمة مع وليه، ولا سبيل إلى تحليفه؛ كذا قاله الغزالي وأبو الفرج الزاز.

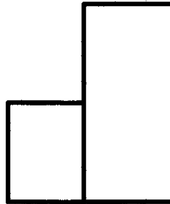
وكذا لو قال: هي وقف على الفقراء، انقطعت الخصومة عنه، وهل للمدعي تحليفه؛ لأجل التغريم؟ فيه الخلاف السابق.

وكذا لو قال للمدعى عليه: هي وقف على ولدي الصغير، أو: على مسجد، أو: رباط، أو: على نفسي؛ كما قاله القاضي الحسين.

و[٣]لو قال المدعي[٤]: هي وقف علي، وقال من هي في يده: هي وقف عليّ - قال القاضي الحسين: فلا خلاف أنه ليس للمدعي طلب تحليفه لأجل الغرم؛ لأنه إنما يحلف على ما يدعي أنه فوت عليه ما تقوم قيمته مقام ذلك الشيء الذي فوت عليه، وهاهنا قيمة الدار لو أخذناها لا تقوم مقام الوقف، لكن له أن يجيء كل شهر، ويدعي عليه أجرة ذلك؛ وهذا ما أورده في «التهذيب».

قال الرافعي: وكان لا يبعد طلب القيمة؛ لأن الوقف مضمون عند الإتلاف، [والحيلولة في الحال كالإتلاف][٥].

قال: وإن تداعيا حائطًا - أي: بين ملكيهما - فإن كان مبنيًّا على تربيع إحدى الدارين - أي: مساويًا لها في السمك، والحد، والارتفاع، مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعًا، وعرصة أحدهما عشرون ذراعًا طولًا، وعرصة الآخر عشرة أذرع طولًا، وهكذا مثاله:



(١) في أ: لمن.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ: نعم.
(٤) في أ: للمدعي.
(٥) سقط في أ.

قال: أو متصلًا بإحداهما اتصالًا، لا يمكن إحداثه - أي: بعد البناء - قال الإمام والقاضي: وإنما يظهر ذلك في الزوايا بأن يكون ممتدًّا بين الملكين، ومتصلا أحد طرفيه بجدار هو ملك لمالك إحدى الدارين، وانعطف أحد الجدارين عن الثاني، وظهر في المنعطف زاوية على هيئة التداخل والرصغ.

قال: فالقول قول صاحب الدار - أي: التي بنيانها ما ذكرناه مع يمينه؛ لأن الظاهر: أنه مبني لداره؛ فكان الظاهر معه.

وقيل في الصورة الأولى: إنهما يستويان في القدر الذي بين عرصتيهما من الحائط بعد تحالفهما؛ حكاه الماوردي.

فرع: لو كان الجدار المتنازع فيه مبنيًّا على خشبة طويلة، وكان طرف من الخشبة والجًا في ملك أحدهما دون الآخر - فقد حكى الإمام: أن العراقيين قالوا: [الخشبة][1] لمن يكون طرفها في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده؛ فإن الظاهر: أن جدار غيره لا ينبني على ملكه. وهذا ما حكاه في «الشامل» عن بعض الأصحاب، ولم يحك غيره، ثم قال الإمام: ولم أجد هذا في طرقنا وليست المسألة خالية عن احتمال في الخشبة والجدار.

قال: وإن كان بين ملكيهما - أي: ولا مرجح لأحدهما - مثل أن كان مبنيًّا على تربيعهما، أو متصلاً بهما اتصالًا [لا][2] يمكن إحداثه، أو[3] كان مطلقًا وهو الذي لا يراد منه إلا السترة.

قال: تحالفا، وجعل بينهما؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

وكيفية التحالف قد سبقت، وهاهنا حكى الماوردي الوجهين في أن الحاكم يقرع لأجل المبتدأ به في اليمين، أو يقدم من شاء منهما؟

قال: وإن كان لأحدهما عليه أزج، فالقول قول صاحب الأزج - أي: مع يمينه- لأن الظاهر أنه بني للأزج[4].

قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما: وكذا لو كان لأحدهما عليه قبة، فالقول قوله مع يمينه.

وإنما أحلفناه؛ لأنه يحتمل أن يكونا قد اشتركا في بنائه، أو أمر أحدهما صاحبه في

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: و.
(٤) في ص: الأزج.

أن يبني عليه الأزج أو[1] القبة، أو صالحه من ذلك على شيء أخذه منه؛ وهذا من القاضي وابن الصباغ يقتضي أن ما ذكراه يجري وإن كان الأزج والقبة يمكن إحداثهما بعد بناء الحائط.

وقد خص الماوردي والإمام محل ذلك بما إذا كان الحائط [قد][2] بني من أساسه معوجًّا على ما جرت به عادة بعض الآزاج والقباب؛ لأن هذا التعويج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

أما إذا كان الحائط غير معوج، فإمكان إحداث الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن، فهو كالأجذاع.

وعلى هذا ينطبق قول القاضي الحسين: إنه إذا كان لأحدهما عليه بناء يمكن إحداثه بعد كمال البناء، [فلا يرجح به، وإن كان لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء][3]، مثل: الأزج الذي يبنى[4] من أصل الجدار وقرب الأرض، فيبني[5] جدارًا منحنيًا، فيعقد الأزج عليه جزءًا فجزءًا إلى أن [يتم؛ فيحكم][6] به لصاحب الأزج.

لكن في حالة عدم الاعوجاج قال الماوردي: ما كان من أعلى الحائط معوجًّا كتعويج الأزج والقبة، فهو لصاحب الأزج والقبة، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط في حكم المنفصل غير المتصل.

تنبيه: الأزج - بفتح الهمزة، والزاي، والجيم-: سقف معقود كسقوف أواوين مدارسنا.

قال الجوهري: جمعه: آزاج وآزج.

قال: وإن كان لأحدهما عليه جذوع، لم يقدم صاحب الجذوع؛ لجواز أن يكون [قد][7] وضعها بإذنه، أو بقضاء قاضٍ يرى ذلك؛ فلا نزيل ما تيقناه بأمر محتمل.

[و][8] لأن وضع الجذوع معنى حادث في الحائط بعد تمامه؛ فلم يرجح به: كالتجصيص، والتزويق.

والجذع: الواحد.

---

(١) في ص: و.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ، ع: ينبني.
(٥) في أ، ع: مبني.
(٦) في أ: يتحكم.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في ص.

وهكذا لا نظر إلى من إليه الخوارج والدواخل، ولا أنصاف اللبن، ولا معاقد القِمْط - كما قال الشافعي- لأنه [ليس][١] في شيء منها دلالة.

وأراد بالخوارج -كما قال الماوردي-: ظهور الحيطان، وبالدواخل: وجوه الحيطان.

وقال القاضي الحسين، وتبعه الإمام: إنه أراد بالدواخل، والخوارج: الكتابة بالجص والآجر، والتزويقات على الجدار المخرجة منه، والطاقات التي تدخل فيه.

وأراد بأنصاف اللبن: إذا كان أحد جانبي الحائط مبنيًّا بأنصاف اللبن، والآخر بالشك والمدر؛ كما قاله ابن أبي هريرة، ولم يورد القاضي أبو الطيب سواه.

وقال غيره: إنه إفريز يخرجه البناء في أعلى الحائط نحو نصف لبنة؛ ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره.

وقال القاضي الحسين، وتبعه الإمام: المراد به: الجدار المتخذ من اللبنات المنصفة التي جعل وجه الصحيح إلى جانب، ووجه المكسر إلى الجانب الآخر.

وأراد بمعاقد القمط: عقد الخيوط التي يربط بها الجص على الخشبة المعرضة بين السطحين؛ كما قاله الماوردي، وسميت الخيوط: قمطًا؛ لأنه يقمط بها القصب.

فلا يرجح من إلى جانبه وجه الحائط، ولا من إلى جانبه أنصاف اللبن، ولا معاقد القمط عند التنازع في الجص المتخذ سترًا بين السطحين الذي نسميه دربًا[٢].

قال: وإن تداعيا عرصة -أي: بين ملكيهما- لأحدهما فيها بناء، أو شجر -فإن كان قد ثبت البناء والشجر له بالبينة، فالقول قوله في العرصة مع يمينه؛ لأن البينة أثبتت له الملك في البناء والشجر؛ فاقتضى أن تكون يده ثابتة[٣] على الأساس والمغرس؛ لانفراده بالانتفاع [بهما كما إذا كان له متاع في دار ينفرد بالانتفاع][٤] بها، وإذا كان كذلك كان القول قوله مع يمينه؛ لما تقدم.

فإن قيل: الجدار على أساسه والأشجار على مغارسها، بمثابة الجذوع على الجدار، وقد تقدم أن الجذوع إذا كانت لأحدهما لا تدل على اختصاص صاحبها

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: زمزًا.
(٣) في أ: باقية.
(٤) سقط في أ.

بالجدار، فكذلك هاهنا- قال الإمام والقاضي أبو الطيب وغيرهما: قلنا: الجدار بين الملكين في أيدي مالكهما؛ من حيث إنه جزء من كل دار؛ فكان هذا التمسك بالجزئية أولى من التعلق بوضع الجذع، والعرصة هاهنا في يد صاحب البناء والشجر؛ فلذلك كان القول قوله.

ونظير ذلك: أن الدار إذا كانت مشحونة بأمتعة إنسان، وكان لا يسكنها أحد - فالدار تحت يد صاحب الأمتعة. ولو كان يسكنها رجلان، ولأحدهما أمتعة - فلا نظر إلى الأمتعة مع سكونهما.

وأيضًا: فإن من العلماء من يرى إيجاب وضع الجذوع على حائط الغير، ولم ير أحد منهم [إيجاب][١] بناء حائط في ملك الغير، ولا غرس شجرة فيه، وذلك يدل على الفرق بينهما.

قال: **وإن ثبت له ذلك بالإقرار** -أي: بإقرار المنازع - **فقد قيل: القول قوله**؛ كما لو قامت له بينة به؛ وهذا أصح عند النواوي وغيره.

وقيل: هو بينهما.

قال المحاملي في «المجموع»: لأن الإقرار يثبت[٢] له ملك البناء والغراس؛ فلا ينقل ملك غيره.

ومعنى هذا: أنه لولا الإقرار، لكان البناء وأساسه، والغراس ومغرسه بينهما عند التنازع فيه، فالإقرار بالبناء والشجر أخرجهما من ذلك الحكم؛ فبقي ما عداهما على حكمه.

فإن قيل: هذا موجود في حال قيام البينة؛ فكان ينبغي أن يكون الحكم كذلك؟

قلنا: الفرق بينهما: أن ثبوت الملك بالبينة لا يدل على [أن][٣] ما شهدت به [البينة][٤] في يد المشهود عليه؛ لما تقدم أنها تسمع عند قيام المنازعة، وإذا لم تدل على ما ذكرناه، كان ثبوت البناء والشجر له بالبينة مرجحًا لجانبه بالمعنى الذي ذكرناه فقوي؛ فلذلك كان القول قوله.

وثبوت الملك بالإقرار يقتضي أن يكون المقر به في يد المقر بحيث لو ادعى أنه

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: ثبت.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.

ملكه، لقبل منه؛ كما يأتي في بابه - إن شاء الله تعالى - ومقتضاه: ثبوت اليد للمقر على الأساس والمغرس أيضًا، وقد ادعاهما لنفسه، وهو أعرف بما أقر به؛ فكان القياس: أن يجعل القول قوله فيهما، لكن اليد التي أثبتت له في هذا المقام حتى صح إقراره للمقر له - أيضًا - مثلها على الأساس والمغرس؛ فلا جرم قسم بينهما.

وهذا الذي أورده الشيخ قد حكاه الإمام عن العراقيين، ثم قال: إنهم قالوا: إن مأخذ الوجهين في حالة ثبوت الملك بالإقرار: أن من أقر لشخص بجدار أو شجرة، هل يكون مقرًّا بالأساس والمغرس؟ وفيه قولان مأخوذان من أن بيعهما هل يتناول أصلهما؟ وفيه قولان.

والماوردي قال: إذا تنازعا عرصة حائط هو لأحدهما، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لصاحب الحائط.

والثاني: أنهما فيه سواء.

وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط، فهل يدخل قراره في إقراره، أو باع حائطًا، هل يدخل[1] قراره في بيعه؟ على وجهين، والذي حكاه منهما في كتاب الإقرار: عدم الدخول.

ثم قال الإمام: فإن قيل: إذا كان لفظ المقر مع اختصاصه بالجدار يتعدى إلى أصله حتى يجعل إقرارًا به على أحد القولين، مع أن مبنى الإقرار على الأقل الممكن - فإذا شهد عدلان [لإنسان][2] بملك جدار فقولوا: لفظ الشهادة يتضمن الملك في أصل الجدار على أحد القولين؛ قياسًا على الإقرار.

قلنا: هكذا نقول، ولا فرق - والعلم عند الله تعالى - بناء على أن سماع الشهادة بالبيع مطلقة من غير بحث [عن][3] شرائط الصحة؛ كما هو المذهب الظاهر، ويحمل البيع المشهود به على الصحة.

تنبيه: إذا قلنا: القول قول صاحب البناء والشجر في العرصة عند إقرار المنازع له - كما ذكره الرافعي- فهل يحتاج إلى اليمين؟ لم أقف[4] في هذا على نقل. وقضية الاحتياج إليها عند [ثبوت ذلك بالبينة: أن يحتاج إليها عند][5] الثبوت

---

(١) في ص: يداخل.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: تقف.
(٥) سقط في أ.

بالإقرار أولى، لكن قضية البناء على الأصل المذكور أنه لا يحتاج إلى اليمين؛ فإن ثبوت العرصة حينئذ يكون بالإقرار، ومن أقر له خصمه بحق، لم يحلفه عليه، وكذلك نقول إن صح هذا في مسألة ثبوت ملك البناء والشجر بالبينة؛ إن فرعنا على ما خرجه الإمام؛ لأن الثبوت حينئذ يكون بالبينة، ومن ثبت حقه بالبينة [لم تتوجه عليه اليمين بلا خلاف؛ لأن ما في التحليف قد جاء في البينة][١]، اللهم إلا أن ينشئ دعوى صحيحة: كدعوى بيع، أو إبراء صدر بعد ذلك، وأمكن صدوره؛ كما قاله في «التهذيب» في باب الامتناع من اليمين، أو يقول: الشاهد اعتمد ظاهر اليد، وهو يعلم سرًّا أن هذا لي - فإن[٢] في تحليفه في هذه الصورة خلافًا؛ حكاه الغزالي في آخر الحجة الثالثة للسرقة؛ وعلى هذا يكون تخريج الإمام أفاد أمرين:

أحدهما: إجراء الخلاف في المسألتين، وهو ما اقتضاه [إطلاق المحاملي][٣] في «المقنع»، وكذا القاضي الحسين في «التعليق»؛ حيث قال: إذا تنازعا أرضًا، ولأحدهما فيها بناء أو شجر - فالمذهب: أنه يرجح بالبناء والشجر؛ لأن العادة [ما جرت][٤] بأن الناس يعيرون الأرض للبناء والغراس، وهو الذي أورده البغوي في باب اختلاف الزوجين في متاع البيت، ولم يفرقوا بين أن يكون [قد ثبت ذلك][٥] بالبينة أو بالإقرار.

ثم قال القاضي: نعم، في الزرع خلاف، والذي [حكاه في «التهذيب» منه][٦]: أنه يرجح به؛ كالبناء والشجر.

والثاني: أنا إذا قلنا: القول قوله في العرصة عند إقامة البينة بالبناء والشجر؛ فلا[٧] يحتاج إلى اليمين، إلا أن يقال: عدم تحليف المدعي عند قيام البينة- كما ذكره الأصحاب، ونص عليه الشافعي- مفروض فيما إذا وقعت الشهادة [بما شملته][٨] اللفظة لغة وعرفًا؛ كما إذا ادعى عينًا، وأقام بينة على أنها ملكه؛ لأن التحليف في هذه الحالة على أنها ملكه، يتضمن تكذيب الشهود قطعًا.

أما إذا وقعت بشيء لم [يشمله اللفظ لغة، وإنما شمله][٩] من حيث العرف؛ كما

---

(١) سقط في أ.
(٢) زاد في أ: لي.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: حكاه منهما في التهذيب.
(٧) في أ: لا.
(٨) في ص: بما إذا شمله.
(٩) في أ: يضمن له.

في المغرس، والأساس- فإن اسم الشجرة والجدار لا يتناولهما لغة؛ كما قاله الإمام في كتاب الإقرار، وإذا كان كذلك لم يبعد التحليف؛ لأن للاحتمال مجالا فيه، ويؤيد ذلك ما سنذكره عن[١] نص الشافعي فيما إذا شهدت البينة بملك قديم، وقالت: لا أعلم مزيلًا له، وسمعنا ذلك-: أنه يحلف المدعى عليه مع البينة، وإذا صح ما ذكرناه عند قيام البينة بالبناء والشجر؛ فكذلك عند الإقرار بهما، والله أعلم.

فرع: حيث قلنا: إن القول في العرصة قول صاحب البناء والشجر؛ إذا ثبت له ذلك بالإقرار؛ بناء على الأصل المذكور - فينبغي أن يكون الحكم فيما عدا المغرس والأساس من العرصة، كالحكم الذي ذكرته[٢] في اندراجه في البيع.

فرع آخر: إذا تنازعا في جدار والعرصة فيه لأحدهما، فالقول قول صاحب العرصة؛ وهكذا لو تنازعا على حائط سفله[٣] لأحدهما، كان[٤] القول قول صاحب السفل مع يمينه؛ قاله الماوردي.

قال: وإن كان السفل لأحدهما، والعلو للآخر، وتنازعا [في][٥] السقف -أي: الذي يمكن إحداثه؛ كما قال الإمام؛ تبعًا للقاضي الحسين- حلفا، وجعل بينهما؛ لأنه حاجز توسط [بين][٦] ملكيهما، ينتفعان به، وهو غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان؛ فكان بينهما كالحائط المطلق بين الدارين.

وهكذا الحكم فيما إذا تنازعا الحائط بين السفل والعلو الذي في خلال أجذاع السقف، يكون بينهما؛ لأنه تبع للسقف[٧] المشترك.

أما لو تنازعا في حائط السفل، فهو لصاحب السفل إلى منتهى موضع الجذوع[٨]، مع يمينه.

وكذا إذا تنازعا في حائط العلو، فهو لصاحب العلو إلى ما فوق أجذاع السقف مع يمينه.

ثم كيفية إمكان الإحداث -كما قال الإمام- أن يفرض سقف عال، ثم يفرض سقف دونه؛ بأن تدرج رءوس الأجذاع في وسط الحائط، وينظم[٩] عليها السقف.

---

(١) في أ: من.
(٢) في ص: ذكرناه.
(٣) في أ: سفلى.
(٤) في ص: فإن.
(٥) سقط في التنبيه.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: السقف.
(٨) في أ: الجذع.
(٩) في أ: وسطح.

أما إذا كان لا يمكن تقدير سقف السفل على وسط الجدار بعد امتداده إلى منتهى العلو كالأزج، فإنه لا يمكن إحداثه على وسط الجدار، فإذا كان كذلك علمنا أن سقف السفل بني أولًا، واستحدث بعده جدار العلو وسقفه؛ فالسقف في هذه الصورة في يد صاحب السفل.

فرع: إذا جعلناه بينهما، فلصاحب العلو الانتفاع به- كما كان قبل المنازعة- بالجلوس عليه، ووضع متاعه المعتاد من غير مجاوزة.

وكذلك ينتفع به صاحب السفل - كما كان - بالاستظلال.

قال الإمام: واتفق الأصحاب على أنه لا يمنع من «تعليق» شيء فيه؛ طلبًا للتسوية بينه وبين صاحب العلو؛ فإن ثقله عليه. ثم قال: وهذا هو المذهب الظاهر.

ومن أصحابنا من لم يجوز لصاحب السفل «تعليق» شيء في السقف، واستكفى[(١)] بالاستظلال؛ وهذا ما أورده الماوردي، ثم قال: ولا وجه لما أجازه بعض أصحابنا[(٢)] من «تعليق» زنبيل عليه، ووضع خطاف فيه.

وحكى الإمام وجهًا ثالثًا: أنه إن أمكن «تعليق» شيء فيه من غير إثبات وتد في جرم السقف، [جاز مع][(٣)] اجتناب السرف، ولزوم الاقتصاد.

فأما إثبات الوتد في جرم السقف فيمتنع؛ وعلى هذا قال الشيخ أبو محمد: لا يجوز لصاحب العلو ضرب وتد فيه أيضًا.

وعلى وجه تجويز ضرب الوتد[(٤)] لصاحب السفل، هل يجوز -أيضًا- لصاحب العلو؟ فيه وجهان.

ثم محل الخلاف في جواز «التعليق» إذا كان لذلك قدر له تأثير، أما[(٥)] ما لا تأثير له في السقف على طول الدهر: كالثوب، ونحوه، فلا منع منه؛ إذ هو بمثابة الاستناد إلى الجدار المشترك.

قال: وإن تداعيا سلمًا منصوبًا -أي: موضع الرقي[(٦)] للعلو- حلف صاحب العلو، وقضى له؛ لأنه مختص بالانتفاع به في الصعود؛ فكان الظاهر معه.

---

(١) في ص: ويكتفي.
(٢) في ص: الأصحاب.
(٣) في أ: خارج عن.
(٤) في أ: وتد.
(٥) في أ: فأما.
(٦) في أ: المرقى.

ولا فرق في ذلك بين أن [يكون][(١)] السلم مسمّرًا، أو غير مسمّر لكنه منصوب في موضع الرقى[(٢)].

وعن ابن خيران: أنه لصاحب السفل إذا لم يكن مسمّرًا.

قال الرافعي: وهذا هو الوجه؛ كسائر منقولات الدار.

لكن الذي عليه الأكثرون -كما حكاه ابن كج-: الأول؛ وعلى هذا فليخرج وجه في اندراج السلم الذي لم يسمّر تحت بيع الدار.

تنبيه: السلم معروف، وجمعه: سلالم، وسلاليم، وهو مذكر على المشهور، قال الله تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ سُلَّمٌ يَسْتَمِعُونَ فِيهِ﴾ [الطور: ٣٤].

وحكى أبو حاتم السختياني وصاحب «المحكم» فيه التذكير والتأنيث.

قال الهروي: سمي: سلمًا؛ تفاؤلًا بالسلامة.

قال: **وإن تداعيا درجة** - أي: معقودة - كالأزج، **فإن كان تحتها مسكن** - أي: لصاحب السفل- **حلفا**، **وجعل بينهما**؛ لأن كل واحد منهما ينتفع بها: أما صاحب السفل فبالسكون تحتها، وأما صاحب العلو فبالصعود عليها، فكانت كالسقف بين السفل والعلو.

ولا فرق بين أن يكون المسكن بيتًا، أو خزانة تصلح للسكن وإحراز المال[(٣)].

قال: **وإن كان تحتها موضع حب، وما أشبهه**: كموضع الجرار، والكيزان[(٤)]، والحطب، والرف، **فهي**[(٥)] **لصاحب العلو** - أي: مع يمينه- لأن الدرجة لا يقصد منها هاهنا إلا الصعود عليها، ولا يقصد أحد عمل بيت حب بفعله درجة، وتخالف المسألة قبلها؛ لأن السقف يقصد ببنائه الستر للسكن، دون عمل غرفة عليه، وقد يقصد به عمل غرفة عليه دون ستر البيت؛ فلذلك كان بينهما.

وقيل: هو بينهما كالمسألة قبلها؛ وهذا قول أبي إسحاق وابن أبي هريرة.

والصحيح في «الرافعي» وغيره: الأول، وهو قول الشيخ أبي حامد، وبه جزم في «الوسيط».

وهذا التفصيل الذي حكاه الشيخ اتبع فيه الماوردي؛ فإنه هكذا فصل، وهو

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: المرقى.
(٣) في أ: القماش.
(٤) في أ: الكرار.
(٥) في التنبيه: فهو.

-أيضًا- كذلك في «التهذيب»، و«تعليق» القاضي الحسين.

والقاضي أبو الطيب حكى فيما إذا كان تحتها موضع ينتفع به كالخزانة وجهين:

أحدهما: أنها بينهما.

والثاني: أنها لصاحب العلو.

قال: [وهو الأصح](١)، والذي نص عليه الشافعي هاهنا، ولم يفصل. قال [في](٢) «الشامل»: وهذه الطريقة أشبه.

وحكم الدرجة إذا كانت صمّاء حكم السلم المنصوب؛ فتكون لصاحب العلو جزمًا؛ صرح به أبو الطيب وغيره.

قال: وإن تنازعا عرصة الدار، ولصاحب العلو ممر في بعضها دون بعض - أي: مثل [أن يكون](٣) سلم العلو منصوبًا في وسط العرصة - فالقول قولهما فيما يشتركان فيه من الممر - أي: وهو من أول العرصة إلى موضع السلم- لأن لكل واحد منهما يدًا عليه؛ فيحلفان، ويجعل بينهما.

وما لا ممر فيه لصاحب العلو - أي: وهو ما وراء موضع السلم إلى آخر العرصة- فالقول قول(٤) **صاحب السفل مع يمينه**؛ لأنه المتفرد بالانتفاع؛ فكان في يده؛ وهذا أصح في «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الحاوي» و«النهاية» و«التهذيب»، وبه جزم القاضي الحسين.

[وقيل: هو بينهما](٥)؛ لأنها بعض السفل، ويدهما على السفل؛ كذا قاله أبو الطيب، وتبعه ابن الصباغ.

وقال الإمام: [إنه](٦) يمكن أن يقال: العلو محتف بالعرصة احتفاف السفل، والهواء محتوش بالسفل والعلو؛ فلا يبعد - والحالة هذه - أن تضاف العرصة إليهما؛ فإنه يقال: صحن الدار، وعرصة الدار، والعلو والسفل من الدار.

وقالوا: إن الوجهين يجريان فيما إذا كان السلم منصوبًا في دهليز الدار، وقد اختلفا في باقي أرضها.

---

(١) في التنبيه: والأول أصح.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في التنبيه: فيه.
(٥) في التنبيه: وقيل: يحلفان ويجعل بينهما.
(٦) سقط في ص.

قال الإمام: والصورة الأولى على حال أولى بأن[(١)] تثبت اليد فيها لصاحب العلو على ما لا مشي له فيه من العرصة من هذه الصورة، وقد حكى الخلاف [القاضي الحسين في هذه الصورة، وهو من العجائب أن يجزم في الصورة الأولى بأن باقي العرصة لصاحب السفل، ويحكي الخلاف][(٢)] في الصورة الثانية، ولو عكس لكان أولى.

قال ابن الصباغ: قال أصحابنا: ومثل هذا إذا كان زقاق لا ينفذ، وفيه بابان لرجلين: أحدهما في وسطه، والآخر في صدره، فمن أوله إلى باب الأول بينهما، وما جاوزه إذا تنازعاه فعلى الوجهين.

وعلى هذا ينطبق قول الماوردي: إن من هذين الوجهين مضى تخريج الوجهين في عرصة الزقاق المرفوع.

والإمام قال: إن هذا الخلاف [قرَّبه الأصحاب من الخلاف][(٣)] المذكور في الدرب الغير نافذ إذا أراد من [في][(٤)] أسفل الدرب أن يشرع جناحًا، فهل لمن في أعلاه حق الاعتراض، ولا ممر له في أصل السكة؟

وخص الماوردي محل الوجهين في مسألة الكتاب بما إذا لم يكن دون الممر وباقي العرصة حائل، أما إذا كان؛ بأن كان محولًا عن ممره وموضع استطراقه بباب أو بناء كدواخل البيوت، فيكون ذلك لصاحب السفل لا يختلف فيه؛ لأنه تفرد بالتصرف فيه؛ فصار متفردا باليد عليه، أما لو كان السلم منصوبًا في صدر الدار بحيث يخرق الماشي إليه العرصة، فجميع العرصة بينهما؛ لأنها في يدهما وتصرفهما.

قال الإمام: وهذا أجمع عليه الأصحاب.

لكنا قدمنا: أن حق الممر يجوز أن يشترى على حياله؛ فكان لا يبعد في طريق المعنى ألاَّ يثبت لصاحب العلو إلا حق المرور[(٥)]، فأما الملك في رقبة العرصة فلا.

قال: وإن تنازع المكري والمكتري في الرفوف المنفصلة - أي: الموضوعة على

---

(١) في أ: أن.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: الممر.

الأوتاد- **حلفا، وجعلت**[١] **بينهما**؛ كذا نص عليه في «الأم».

ووجهه بأن العادة مضطربة فيها: فتارة تكون للمكري، وتارة للمكتري، فلما اضطربت لم يكن أحدهما بها أولى من الآخر؛ فجعلت بينهما.

وهكذا الحكم فيما لو تنازعا في السلاليم المنفصلة، وأغلاق الأبواب، وأطباق التنانير، والغرف فيه متقابلة، واليد فيه مشتركة؛ صرح به الماوردي.

أما لو كانت الرفوف مسمرة، فالقول قول المكري.

قال: وإن تداعى[٢] **رجلان مُسَنَّاةً بين أرض أحدهما ونهر الآخر، حلفا، وجعلت بينهما**؛ لأن فيها منفعة لصاحب النهر بجمع مائه، ولصاحب الأرض بمنعها الماء أن يخرج من أرضه.

والمُسَنَّاة - كما قاله النواوي-: صخرة تجعل في جانب النهر؛ لتمنعه من الأرض، وهي بضم الميم، وفتح السين المهملة، وتشديد النون.

وفي «تعليق» البندنيجي في كتاب المساقاة: [أن المسناة:][٣] الأحواض التي يجمع فيها الماء تحت النخل.

قال: وإن تداعيا بعيرًا، **لأحدهما**[٤] **عليه حمل - فالقول قول صاحب الحمل مع يمينه**؛ لانفراده بالانتفاع به.

قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ: وهذا يخالف ما لو تداعيا عبدًا لأحدهما عليه قميص وسراويل، فإنه لا يحكم به له.

والفرق: أن كون حمله على الجمل تصرف في الجمل بالانتفاع به، ومن انفرد بالانتفاع كانت اليد له، وليس كذلك العبد؛ فإن المنفعة هناك تعود إلى العبد؛ فلم تجعل يدًا.

قال ابن الصباغ: ولأن الحمل لا يجوز أن يحمله على الجمل إلا بحق، ويجوز أن يجبر العبد على لبس قميص مالكه وغيره إذا كان عريانًا، وبذله له.

فرع: لو تداعيا عبدًا، أو جارية، أو دابة حاملا، واتفقا على أن الحمل لأحدهما - قال في «التهذيب»: فهي لصاحب الحمل.

---

(١) في التنبيه: وجعل.
(٢) في التنبيه: وإن ادعى.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في التنبيه: ولأحدهما.

قال: **وإن تداعيا دابة، وأحدهما راكبها، والآخر سائقها - فالقول قول الراكب مع يمينه**؛ لانفراده بالانتفاع بها.

وقيل: هي بينهما [مع يمينهما][(١)]؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد كانت له؛ فوجب إذا اجتمعا أن تكون بينهما؛ وهذا قول أبي إسحاق.

والصحيح: الأول، وهو المذهب[(٢)] في «النهاية»، و«تعليق» القاضي الحسين.

والفرق بينه وبين ما إذا تنازعا جدارًا لأحدهما عليه جذوع: أن الانتفاع بالجدار مشترك، وإن امتاز صاحب الجذوع بزيادة، فلم يكن بها مرجحًا؛ كما نقول[(٣)] إذا كانا في دار، ولأحدهما فيها متاع، وليس للآخر فيها شيء، وتنازعاها؛ فإنها بينهما. وفي مسألة الدابة الراكب منفرد بالانتفاع؛ فانفرد باليد.

والخلاف جار -كما حكاه الإمام وغيره- فيما لو كان أحدهما راكبها، والآخر آخذ بلجامها؛ أو كان التنازع في ثوب، وأحدهما[(٤)] لابسه، والآخر متعلق به يجاذبه.

وعزى القاضي الحسين قول الاشتراك فيها إلى أبي إسحاق [أيضًا][(٥)].

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب في باب اختلاف الزوجين في متاع البيت: أن بعض أصحابنا قال عند [أخذ][(٦)] أحدهما باللجام، وركوب الآخر: إن مذهب الشافعي يقتضي أنهما سواء.

وقد اتفقوا على أنهما لو تنازعا سفينة وأحدهما راكب فيها، والآخر ممسكها أنها تكون في يد الراكب دون الممسك؛ لأن الراكب متصرف.

وكذا لو كان أحدهما ممسكًا برباط السفينة، والآخر ممسك بجنبها - كانت في يد ممسك الجنب؛ لأن الخشبة من السفينة، والرباط ليس منها.

ولو تنازعا دابة في إصطبل أحدهما، ويدهما عليها[(٧)]: فإن كان في الإصطبل دواب لغير مالكه، استويا في اليد عليها، وإلا كانت اليد لصاحب الإصطبل[(٨)] خاصة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الذي.
(٣) في أ: يكون.
(٤) في ص: واحد.
(٥) سقط في ص.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ص: عليه.
(٨) في ص: اليد.

ولو تداعيا عمامة، وفي يد أحدهما عشرها، وفي يد الآخر باقيها، ولا بينة -حلفا، وجعلت بينهما؛ كما لو تداعيا دارًا: أحدهما في صحنها[١]، والآخر في دهليزها- فإنها بينهما.

وكذا لو تنازعا دارًا وأحدهما على سطحها، والآخر في صحنها، سواء كان السطح محجرًا أو لا، وسواء كان على السطح ممرق أو لا؛ كما قاله الماوردي.

قال: ولو تنازعا متاعًا في ظرف، ويد أحدهما على الظرف، ويد الآخر على المتاع - اختص كل واحد بما في يده، ولا تكون اليد على الظرف مشاركة لليد[٢] على المتاع، ولا اليد على المتاع مشاركة لليد على الظرف؛ لانفصال أحدهما عن الآخر، وهذا بخلاف ما لو تنازعا عبدًا، ويد أحدهما على ثوبه، ويد الآخر على العبد- فإن اليد التي على العبد [تكون على الثوب][٣] أيضًا، دون الآخر؛ لأن يد العبد على الثوب أقوى؛ فصارت اليد على العبد وعلى ما في يده، كذا قاله الماوردي.

قلت: ويتجه جريان وجه أبي إسحاق السالف في قسمة الثوب.

قال: وإن كان في يدهما صبي لا يعقل -أي: ولم يعرف سبب يدهما، وهو مجهول الحرية، فادعى كل واحد منهما: أنه مملوكه -حلفا، وجعل بينهما؛ لأنه لو انفردت يد أحدهما على من هذا حاله، وادعى رقه - ثبت ملكه [عليه][٤]؛ لأنه كالبهيمة والثوب في عدم التعبير عن نفسه، فإذا اجتمعت يدهما [عليه][٥] حلفا[٦] وجعل بينهما؛ كالبهيمة والثوب. أما إذا عرف سبب اليد [فيه][٧]؛ كالالتقاط، فقد تقدم في باب اللقيط: أن الأصح أنه لا يقبل قوله إلا ببينة.

قال: وإن كان بالغًا، فالقول قوله، أي: في الحرية والرق لأحدهما، مع يمينه:

أما إذا ادعى الحرية؛ فلأنها الأصل، والرق طارئ معترض عليها.

وأما إذا عين الرق لأحدهما؛ فلأنه إنما حكم عليه بالرق باعترافه، فكان مملوكًا لمن اعترف له؛ كما لو كان في يده وحده.

---

(١) زاد في أ: سطحها.
(٢) في أ: اليد.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: يحلفا.
(٧) سقط في أ.

وقولنا: إنما حكم عليه بالرق باعترافه، احترزنا به عما إذا أقام كل واحد منهما بينة على ملكه، فأقر هو لأحدهما؛ فإنه لا تترجح بينة المقر له بهذا الإقرار؛ لأن البينة أسقطت قوله؛ لكونها حجة عليه.

فإن قلت: قد قال الأصحاب في كتاب الإقرار: إنه إذا أقر رجل بعبد في يده لرجل، فقال العبد: ملكي لرجل آخر - لا يقبل إقرار العبد، وكان للذي أقر [له][1] به السيد؛ لأن العبد في يد المقر، وليس في يد نفسه.

ولأن الإقرار بالرق إقرار بالمال، والعبد لا يقبل إقراره بالمال المتعلق برقبته؛ وهذا موجود في إقراره لأحد المتنازعين في رقه.

قلت: لعل ما قاله الأصحاب في الإقرار محمول على ما إذا سبق ثبوت الرق على العبد قبل إقراره، وفي مسألتنا لم يسبق ثبوت رق على الإقرار، بل وقع ممتزجًا به؛ فلذلك اعتبر.

ويدل على ما ذكرته: أن ابن الصباغ وجه [عدم قبول][2] قول العبد بأن من هو في يده لو أقر به لشخص، ولم يقر له العبد ولا لغيره - قبل إقرار السيد.

قال: ولو كان يقبل فيه إقرار العبد، لم يقبل فيه إقرار السيد؛ كجناية العبد؛ وهذا يدل على أن الرق سابق على الإقرار، وإلا لما قبل إقرار من هو في يده أيضًا، والله أعلم.

وما ذكرناه من قبول قول البالغ عند دعواه الحرية، وقد تنازع فيه اثنان - جار فيما لو لم يدع رقه إلا واحد.

ولا فرق فيه بين أن يكون في يده وهو يستخدمه، ويستصغره استصغار العبيد[3]، أو لا؛ ولا بين أن تتداوله الأيدي، ويجري عليه البيع والشراء مرارًا، وهو ساكت، وجوزناه، أم لا.

وهذا مما لم يختلف الأصحاب فيه؛ لأن التصرف مع استمرار ظاهر اليد وإن أفاد دلالة ظاهرة على الملك في غير ما نحن فيه، فإنما يدل على تعين[4] الملك إذا كان الشيء مملوكًا؛ فيظهر من اختصاص الإنسان باليد والتصرف وعدم النكير عليه تعينه

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ص: قبول عدم.
(٣) في أ: العبد.
(٤) في أ: تعيين.

من بين الناس، وليس هاهنا مع من يدعي الملك فيه أصل يعتضد به.

قال الإمام: فإن قيل: أليس ينفذ تصرفه في البالغ وإن لم يبد منه إقرار بالرق ولا إنكار؟ قلنا: ذهب بعض أصحابنا إلى اشتراط الإقرار بالملك، وكان شيخي يميل إليه في الفتوى(١).

ومن أصحابنا من لم يشترط ذلك وإن كان لو أظهر الحرية فدعواه مقبولة كما ينفذ تصرفه في الثوب الذي بيده؛ وهذا في شخص لم نعهده صغيرًا في يده، فأما إذا عهد صغيرًا في يده، وكان يدعي رقه ويستعبده إلى أن بلغ، فادعى رقه، وأنكره، وادعى أنه حر الأصل - فالذي جزم به العراقيون: أن القول قول المدعي؛ لأنا حكمنا بأنه(٢) ملكه، واستقر ذلك؛ فلا نزيله بقوله، ولكن له استحلافه.

وحكى القاضي الحسين هنا، والفوراني والإمام في كتاب الإقرار وجهًا آخر: أن القول قول المدعى عليه مع يمينه، وعلى المدعي البينة، وجعله الإمام الأظهر، ثم صححه.

نعم، حكاه ابن الصباغ فيما إذا كان في يده يستسخره في حال صغره، ولم يدع رقه، ولا تصرَّف فيه تصرفًا يقتضي الملك إلى أن بلغ، فادعاه، وكذبه الصغير، وادعى الحرية، ونسبه إلى رواية القاضي في شرح الفروع [وأنه](٣) قال: إن قائله أخذه من اللقيط إذا حكمنا بإسلامه بظاهر الدار، ثم بلغ، ووصف الكفر- فإنه لا يحكم بردته؛ على أحد الوجهين.

قال: والأصح أن القول قول المدعي في هذه الصورة أيضًا، وهو الذي جزم به القاضي في «التعليق»؛ وكذلك البندنيجي.

وحكى الإمام طريقة قاطعة بقبول قول الصبي بعد البلوغ، وقال: [إنها تتجه](٤)، وبها يتحصل في المسألة ثلاث طرق: القطع بقبول [قول المدعي، القطع بقبول](٥) قول المدعى عليه، إجراء وجهين في المسألة.

وقد ادعى القاضي الحسين أن الوجهين في الحالة الأولى مبنيان على ما لو قال الصغير في حال صغره: أنا حر الأصل، وادعى من هو في يده رقه، فهل يقبل قوله؟

---

(١) في ص: القرى.
(٢) في أ: أنه.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ص: إنه متجه.
(٥) سقط في ص.

وفيه خلاف: فإن قبلنا قول الصغير قبل قوله بعد البلوغ أيضًا، وإلا فلا يقبل.

والغزالي والإمام هاهنا قالا: لو ادعى في حال الصغر الحرية، فإن لم نقبل قوله، فعاد وادعاها بعد البلوغ؛ ففي القبول وجهان.

قال الإمام: والقياس القبول، وقد حكى ذلك القاضي - أيضًا - في موضع آخر.

قال: **وإن كان مميزًا يعقل، فهو كالصغير**[١]؛ لأنه لا حكم لقوله؛ وهذا ما جزم به ابن الصباغ والبندنيجي، وصححه القاضي أبو الطيب؛ فعلى هذا: يحلفان، ويجعل بينهما؛ إذا لم يصدر من الصبي إنكار ولا اعتراف.

وقيل: هو كالبالغ؛ لأنه يقدر أن يعبر عن نفسه؛ فعلى هذا يكون الحكم برقه وحريته موقوفًا على إقراره: فإن اعترف بالرق، حكم لمن هو في يده بعبوديته، ويقسم بينهما. وإن أنكر الرق، حكم له بالحرية، ولا يحلف على إنكاره إلا بعد البلوغ؛ هكذا قاله الماوردي، وأبو الطيب ادعى أنه ظاهر المذهب، وكذلك البندنيجي.

ثم قال الماوردي: ويشبه أن يكون هذان الوجهان من اختلافهم في صحة إسلامه بعد مراهقته وقبل بلوغه.

والبندنيجي وابن الصباغ والمصنف في «المهذب» حكوا الوجهين فيما إذا أنكر الصغير المميز الرق، وادعى الحرية في حال صباه، فهل يقبل قول مدعي رقه أم لا؟ كما حكاهما المراوزة، وقالوا: إن ظاهر لفظ «المختصر» مع الثاني[٢]؛ لأنه قال: ولو كان في يده صبي صغير يقول: هو عبدي، فهو كالثوب، إذا كان لا يتكلم.

[وعلى هذا يحلف الصبي بعد البلوغ، وإن الصحيح الأول.

وقول الشافعي: «لا يتكلم»][٣]، عنى به: أنه ليس لكلامه حكم؛ وبهذا يجتمع في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: يحكم برقه بمجرد الدعوى، سواء أقر أو أنكر.

والثاني: لا يحكم به، سواء أقر، أو أنكر.

والثالث: إن أقر به حكم به، وإلا فلا، ويحلف بعد البلوغ؛ فلو أقر بعد البلوغ

---

(١) في التنبيه: كالصبي.
(٢) في أ: الأول.
(٣) في ص: وهذا لا يتكلم.

بالرق وقد حكمنا بالحرية في حال صباه؛ لأجل دعواه - فمقتضى إطباقهم على التحليف: قبول قوله وإن لم يكن له فائدة؛ فإنه لا يمكن التغريم[١]؛ لاعتراف المدعي برقه.

وقد حكى القاضي الحسين في قبول إقراره بالرق وجهين:

أحدهما: لا يقبل؛ لأنا حكمنا بحريته؛ فلا نبطلها؛ كما نقول في البالغ العاقل إذا أقر بأنه حر الأصل، ثم أقر بأنه عبد فلان: فلا يقبل قوله على ظاهر المذهب.

والثاني: يقبل، والفرق: أن هاهنا لم يكن لقول المراهق حكم، وهناك[٢] لقول البالغ حكم. هكذا قال.

ومقابل ظاهر المذهب فيما إذا أقر البالغ بالرق بعد الاعتراف بالحرية وجه حكاه عن الأصحاب في باب اللقيط: أنه يقبل قوله فيه؛ لأنه أقر بحق عليه، وقد ذكرت هذا الفرع مرة أخرى في باب اللقيط، وذكرت فيه شيئًا لم أذكره هنا؛ فليطلب منه.

فرع: إذا قبلنا قول العبد في الحرية، وكان من هو في يده قد اشتراه من غيره فهل يرجع عليه بالغرم؟

الذي أطلقه ابن الحداد، وهو الذي أورده القاضي في «شرح الفروع»، والقاضي الحسين قبل باب الإقرار للوارث: لا؛ لأنه كان من حقه حالة ما يشتريه أن يسأله: هل أنت عبد له أم لا؟ ففرط في ذلك.

وفصل أكثرهم، فقال: إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق رجع؛ كما لو أقام بينة على الحرية؛ لأنه لم يوجد منه ما يعطل الرجوع. وإن صرح بذلك، فعلى الوجهين فيما إذا اشترى عينًا، وقال في حال المنازعة: هي ملكي وملك من اشتريت منه؛ جريًا على رسم الخصومة، واعتمادًا على الظاهر. وأصحهما - كما حكاه الرافعي والغزالي هنا وفي كتاب الضمان-: أنه يرجع، وقال الإمام في كتاب الضمان: إن معظم الأئمة حكوا الوفاق فيه.

وأجرى الرافعي، والإمام الخلاف المذكور فيما إذا تقدم الإقرار للبالغ بالملك قبل الشراء؛ اعتمادًا على ظاهر اليد، وطريقة الجزم جارية فيه، وهي التي حكاها البندنيجي في كتاب الرهن عند الاختلاف في القبض.

---

(١) في أ: التغريب.

(٢) في ص: هنا.

وقد قطع الشيخ أبو علي بأنه لا يرجع في مسألتنا، وفرق بينها وبين ما لو قامت البينة بالحرية - بقوة البينة، وبينها وبين شراء[(١)] الأعيان بأن ثم المتاع مملوك قطعًا؛ فترتب[(٢)] دلالة اليد عليه، بخلاف الرقيق، فلو ثبتت حرية العبد بيمينه مع نكول المشتري؛ فيظهر أن يقال: لا يرجع، [وإن قلنا: يرجع][(٣)] في الحال السابقة؛ قياسًا على ما إذا اشترى عينًا، فادعاها شخص، ونكل هو عن اليمين، فحلف المدعي - فإنه لا يرجع وجهًا واحدًا؛ كما قاله الشيخ أبو علي والماوردي في أثناء الكلام في مسألة ما إذا ادعى شخص أنه يشتري هذه الدار من زيد، وادعى الآخر: أنه اشتراها من عمرو؛ لتقصيره بالنكول.

وقد قال الرافعي فيما قسنا عليه: إنه يجوز أن يفرض فيه خلاف؛ بناء على أنه كالبينة.

قال: وإن قطع ملفوفًا، فادعى الولي أنه قتله، وادعى الضارب أنه كان ميتًا ففيه قولان:

أصحهما: أن القول قول الضارب؛ لأن الأصل براءة الذمة؛ وهذا ما نص عليه في «الأم»[(٤)] في باب دعوى الدم، ورجحه الشيخ أبو محمد[(٥)] والقاضي الروياني وأبو الطيب وغيرهم.

ومقابله: أن القول قول الولي؛ لأن الأصل بقاء الحياة؛ وهذا أظهر عند الرافعي، وحكاه القاضي أبو الطيب عن القديم، وقال الماوردي: إن الربيع تفرد بنقله.

وقد اختلف الأصحاب في محل القولين على ثلاثة طرق:

أحدها - عن أبي إسحاق-: أنه ينظر إلى الدم السائل: إن قال أهل البصر: إنه دم حي، [فالمصدق][(٦)] الولي؛ وإن قالوا: إنه دم ميت، فالمصدق الجاني، وإن[(٧)] اشتبه؛ ففيه[(٨)] القولان.

والثاني - عن أبي الحسن[(٩)] الطبسي-: أنه إن كان ملفوفًا في ثياب الأحياء

---

(١) في أ: سائر.
(٢) في ص: فرتب.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في ص: و.
(٥) في ص: أبو حامد.
(٦) في أ: فالقول قول.
(٧) في أ: وقد.
(٨) في ص: فيه.
(٩) في ص: الحسين.

فالمصدق الولي؛ وإن كان في الكفن[(١)] فالمصدق الجاني؛ وإن كان مشتبهًا ففيه القولان؛ وهذا حكاه الإمام والفوراني في باب الشهادة على الجناية، [واستضعفاه][(٢)]، [فيطلب منه، إن شاء الله تعالى][(٣)].

والثالث - وهو الأظهر-: إطلاقهما: فإن صدقنا الجاني، فحلف [برئ، وإن صدقنا الولي فحلف][(٤)] فله الدية.

قال[(٥)] الشيخ أبو حامد: ويستحق [به][(٦)] القصاص[(٧)]؛ كما تتعلق به الدية؛ لأن الخلاف في العمد الموجب للقصاص، فإذا صدقناه فيه رتبنا عليه موجبه. وبهذا قال القاضي أبو الطيب في «تعليقه».

وقال الرافعي: إنه بالغ فيه حين سأله أبو بكر الدقاق، وراجعه فيه.

وفي «الشامل»: أنه لا يجب القصاص؛ لأنه يسقط بالشبهة[(٨)]، وأن أبا الطيب قال: يحتمل قولًا آخر: أنه يجب القصاص؛ كما قلنا في القسامة.

قال ابن الصباغ: ويمكن عندي أن يفرق بينهما: بأن[(٩)] في القسامة يتكرر اليمين، وفي مسألتنا يمين واحدة.

والقولان جاريان -كما حكاه القاضي الحسين وأبو الطيب- فيما إذا هدم بيتًا على جماعة، وقال ورثتهم: إنهم كانوا أحياء، وقال الهادم: بل كانوا أمواتًا.

قال القاضي الحسين: ويجوز للشاهد أن يشهد بحياته في مسألة الكتاب إذا رآه يلتف في الثوب الذي قطع فيه، وفي مسألة هدم البيت يجوز له أن يشهد بحياتهم إذا رآهم دخلوا البيت.

وقال الإمام: يجوز [أن نقول: ليس][(١٠)] له أن يشهد؛ فإن الموت بعد التلفيف ممكن، والاطلاع على الحياة بعد التلفيف ممكن، وليس كالأملاك؛ فإنه لا مستند[(١١)] فيها إلا[(١٢)] الظواهر.

---

(١) في أ: الكيسي.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: قاله.
(٦) سقط في ص.
(٧) في أ: قصاص.
(٨) في أ: للشبعة.
(٩) في أ: أن.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: يستند.
(١٢) في أ: إلى.

وعلى الأول؛ فلا يصرح بذلك، وإن صرح به عند القاضي بطلت شهادته.

قال: **وإن تداعيا عينًا ولأحدهما بينة؛ قضي له**؛ للأحاديث السالفة، وسواء [في ذلك][١] ما إذا كانت العين في يد أحدهما، والمقيم للبينة غيره، أو في يدهما[٢]، أو في يد غيرهما، أو لا يد لأحدهما عليها، وهما متنازعان فيها، وتسمع في الحالة الثانية شهادة البينة بأن كل الدار لأحدهما وإن كان داخلا في النصف، وقلنا: لا تسمع بينة الداخل قبل قيام بينة الخارج؛ كما هو المذهب؛ لأن السماع هاهنا يقع تابعًا للنصف الآخر الذي هو خارجي فيه، وإنما ينقدح رد بينة الداخل إذا أنشأها مع الاستغناء عنها، وهاهنا هو محتاج إليها؛ لأجل النصف.

قال الإمام بعد حكاية ذلك عن رواية القاضي عن الأصحاب: ولعل الحاجة المذكورة: أن عبارة الشهود تضطرب[٣] لو خصصنا شهادتهم بأحد النصفين مع التمييز، مع تحقيق الشيوع، وفي المسألة احتمال[٤] لائح.

ثم على المنقول: لو أقام الثاني بينة، قال الغزالي: فقد قيل: الآن يجب على الأول إعادة بينته؛ لتقع بعد بينة الخارج، ولا يبعد التساهل فيها أيضًا.

ولك أن تقول: قد تقدم فيما إذا لم يكن لهما بينة، والعين في يدهما - في كيفية حلفهما وجهان:

أحدهما: على نصفها؛ وهذا[٥] وزان كونه يقيم البينة على ما في يد صاحبه هاهنا.

والثاني: [أنه][٦] يحلف على جميعها؛ وعلى هذا ينبغي أن يقيم البينة على الجميع أيضًا، وإلا فأي فرق بينهما؟!

قال: **وإن كان لكل واحد منهما بينة، فإن كانت[٧] في يد أحدهما، قضي بها[٨] لصاحب اليد**؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُوْلِ اللهِ ﷺ فِي دَابَّةٍ -أَوْ بَعِيْرٍ- وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ [عَلَى][٩] أَنَّهَا لَهُ نَتَجهَا، فَقَضَى بِهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ

(١) سقط في أ.
(٢) في ص: يد أحدهما.
(٣) في أ: نطرد.
(٤) في أ: اعتماد.
(٥) في أ: والثاني.
(٦) سقط في أ.
(٧) في التنبيه: كان.
(٨) في التنبيه: به.
(٩) سقط في ص.

لِلَّذِي[١] هِيَ فِي يَدِهِ[٢].

ولأنهما استويا في إقامة البينة، وترجحت بينته بيده؛ فقدمت كالخبرين[٣] إذا كان مع أحدهما قياس، والجامع: كون كل واحد منهما حجة.

وقيل: لا يقضي له إلا أن يحلف؛ لأن بينة صاحب اليد عارضتها بينة الآخر؛ فسقطتا، وبقيت اليد، واليد لا يقضى بها من غير يمين.

وقد رجع حاصل ما ذكرناه إلى أن المقضي به في [هذه][٤] الحالة: [البينة، أو اليد.][٥] وفيه قولان يأتيان - إن شاء الله تعالى - بناء على أن البينتين إذا تعارضتا هل [تسقطان، أو][٦] تستعملان؟ فإن قلنا بالتساقط، كان القضاء باليد؛ فلا بد من اليمين. وإن قلنا بالاستعمال، كان القضاء بالبينة؛ فلا نحتاج إلى اليمين، وقد أشار إلى ذلك البندنيجي وابن الصباغ والفوراني والبغوي وغيرهم.

لكن قضية هذا البناء أن يكون الصحيح وجوب اليمين لأن الصحيح - كما سنذكره- قول التساقط، وقد قال الشيخ:

والمنصوص هو الأول - يعني[٧]: في القديم- كما صرح به الرافعي، وصاحب «البحر»، وقال: إنه المذهب، واختاره في «المرشد»، وقد تقدم توجيهه.

وكلام الإمام والقاضي الحسين مصرح بإجراء خلاف في اليمين - وإن قلنا: إن القضاء بالبينة - لأنهما قالا: إذا تعارضت بينتان، والدعوى على ثالث، فهل تتهاتر البينتان، أو تستعملان؟ فيه قولان.

---

(١) في ص: للتي.

(٢) أخرجه الطبراني (٢/ ٢٠٤)، برقم (١٨٣٤) من طريق ياسين الزيات عن سماك بن حرب عن مقيم بن طرفة عن جابر رضي الله عنه... فذكره.
قال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٠٦): رواه الطبراني في «الكبير» وفيه ياسين الزيات وهو متروك.
وأخرجه الطبراني برقم (١٨٣٥)، من طريق سويد بن عبد العزيز عن الحجاج بن أرطأة عن سماك بن حرب عن تميم بن طرفة عن جابر رضي الله عنه به، وسويد لين الحديث، وحجاج كثير الخطأ والتدليس.
ينظر: «التقريب» (١/ ٣٤٠، ١٥٢).

(٣) في أ: بالخبرين.

(٤) سقط في أ.

(٥) سقط في أ.

(٦) سقط في ص.

(٧) في أ: أعني.

فإن قلنا بالتهاتر، فهل نقول به هاهنا؟ [فيه وجهان: فإن قلنا به، فلا بد من اليمين.

وإن قلنا بالاستعمال، قلنا: في الاستعمال فيما إذا كانت العين في يد ثالث، ثلاثة أقوال، لا يجيء شيء منها هاهنا][١] وهذا لفظ الإمام خاصة.

نعم، من جملة الأقوال ثم قول القرعة، فإذا[٢] قلنا به، فهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه وجهان.

وعلى هذا اختصاص الداخل باليد، هل يكون كخروج القرعة؟ فيه طريقان:

أحدهما : نعم؛ فيجيء الوجهان.

والثاني : القطع بعدم التخصيص[٣]؛ فإن هذا اختصاص ثابت، والقرعة وفاق، ولو أديرت لما ميزت[٤] ظالمًا من مظلوم.

ثم قال: إذا حلّفناه على قول التهاتر، حَلّفناه على النفي، وإذا حلفنا على قول الاستعمال، حلف على إثبات الملك؛ كما يحلف من خرجت له القرعة.

ولا فرق في القضاء لصاحب اليد عند قيام البينتين بين أن تكون كل بينة قد أطلقت الشهادة بالملك، وقلنا: يجوز ذلك بالنسبة إلى صاحب اليد - كما سنذكره - أو بينت سبب الملك، وكان السبب واحدًا أو مختلفًا.

ولا [فرق][٥] بين أن يُسْنَد الملك إلى شخص واحد، بأن يقول: هذا اشتريته من زيد، وهذا مثل ذلك، أو تقول المرأة - وهي أحد المتنازعين-: أصدقنيه[٦] زوجي، ويقول خصمها: اشتريته من زوجك- وبين أن يسند أحدهما ملكه إلى شخص، والآخر ملكه إلى شخص آخر، أو[٧] يقيم الخارج بينة: أنه اشتراها من الداخل، والداخل: أنه اشتراها من الخارج؛ كما حكاه القاضي الحسين.

وهكذا الحكم فيما إذا بينت بينة الخارج سبب الملك من بيع أو اتهاب ونحوهما، وأطلقت بينة الداخل الشهادة بالملك؛ نص عليه الشافعي.

وعند ابن سريج بينة الخارج أولى؛ لأن معها[٨] زيادة علم؛ كذا قاله ابن أبي الدم.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: وإذا.
(٣) في أ: التحليف.
(٤) في أ: خيرت.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: أصدقني.
(٧) في أ: و.
(٨) في أ: تبعها.

وما ذكرناه في حالة إسنادهما انتقال الملك إلى [جهة][١] شخص واحد، هو[٢] ما أورده القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ.

وحكى الفوراني وجهًا آخر: أنهما يستويان؛ لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث، وكل واحد منهما يزعم الانتقال إليه منه.

وقد حكى الماوردي الوجهين فيما[٣] إذا كانت دعواهما انتقال ذلك إليهما منه بالبيع، واقتضى إيراده أن يكون الثاني هو الصحيح منهما؛ لأنه قال: إنهما مبنيان على الخلاف فيما لو كانت العين - والحالة هذه - في يد من ادعيا انتقال الملك إليهما [منه][٤]، وصدق أحدهما على تقدم انتقال الملك له، هل يترجح من صدقه ويحكم له بالعين، أم لا؟ وسنذكره، فإن [قلنا: يترجح][٥] عند التصديق، فكذلك هاهنا، وإلا فلا.

ويجيء القولان في التعارض والاستعمال، والقول الذي سنذكره عن رواية الربيع فيما إذا كانت العين - [و][٦] الصورة كما ذكرنا - في يد ثالث.

وقال: إنا إذا رجحنا أحدهما بيده، جاز أن يكون الآخر خصمًا له، ويحلفه إذا أنكره؛ فإنه لو صدقه على أن عقده سابق، سلم العين بإقراره بالثمن الذي شهدت به بينته إن كان مثل الثمن في ابتياع[٧] نفسه، وإن كان أقل لم يكن له أن يرجع بالباقي؛ لأنه مقر أنه لا يستحق [على الثاني.

وإن كان أكثر لم يكن له أن يأخذ الزيادة؛ لأنه مقر أنه لا يستحق][٨] أكثر[٩] من الثمن الذي دفع، ويكون درك الثاني على الأول دون البائع، [ولا يكون على البائع][١٠] درك الأول ولا الثاني؛ لأن الثاني ملكها عن الأول، والأول قد أقر أنه لم يملكها عن البائع[١١].

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ: و.
(٣) في أ: وجهين مما.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: يرجح.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: انتفاع.
(٨) سقط في أ.
(٩) في ص: الرد.
(١٠) سقط في أ.
(١١) في أ: الأول.

واعلم أن محل [سماع][(١)] بينة صاحب اليد - وهو المسمى بالداخل- بالاتفاق: ما إذا أقام من ليست العين في يده - وهو المسمى بالخارج- البينة بأنها ملكه، وعُدِّلت، ولم يبق إلا الحكم.

أما إذا أقامها قبل أن يدعي عليه، أو بعد الدعوى عليه، وطلب اليمين - فقد تقدم أن المذهب عدم السماع.

وإذا[(٢)] أقامها بعد إقامة الخارج البينة، وقبل أن تُعدَّل ففي السماع خلاف [مرتب على][(٣)] الخلاف في إقامتها بعد الدعوى وطلب اليمين:

فإن قلنا بالسماع ثم، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا تسمع -أيضًا- لأنه مستغن عنها بعد.

وأصحهما: السماع؛ لأن يده بعد إقامة البينة مشرفة على الزوال، فتمس الحاجة إلى تأكدها، ودفع الطاعن فيها.

وفي كل حال من الأحوال الأربعة المذكورة هل يكفي إطلاق الشهادة بالملك، أم لا بد من بيان سببه من شراء، أو إرث، ونحوهما؟ فيه وجهان في كتب المراوزة، وقولان في «الحاوي» و«تعليق» البندنيجي:

أحدهما: لا بد من البيان؛ لأن البينة قد تعتمد في الشهادة بالملك ظاهر اليد، فكأنها لا تدل على أكثر مما تدل عليه اليد. وهذا ما نسبه الماوردي والبندنيجي إلى القديم، والإمام إلى بعض الضعفة، وقال: إنه ليس بشيء.

وأصحهما في «تعليق» القاضي الحسين، و«الرافعي»، وغيرهما، وهو الجديد في «الحاوي» و«تعليق» البندنيجي: أنه يكفي الإطلاق؛ كما في بينة الخارج؛ فإنها تقبل مطلقة مع احتمال أن الشهود اعتمدوا يدًا سابقة. وهذا ما فرعنا عليه من قبل.

ولو أقام الداخل البينة بالملك بعد الحكم للخارج، وتسلّمه العين - فقد أطلق في «المهذب» القول بأنها تسلم للذي كان داخلًا، وانتزعت منه؛ وكذلك قاله الماوردي، وأبو الطيب، وادعى فيه الإجماع، وهو ما يقتضيه كلام ابن سريج في الفرع الذي سنذكره.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص: ولو.
(٣) في أ: قريب من.

وحكى الإمام في سماع بينته وجهين عن القاضي:

أحدهما: السماع إذا أسندت الملك إلى حال قيام يده، ثم أدامته إلى حالة الدعوى؛ كما كان يقضي له لو أقام البينة ويده بعد قائمة.

وأظهرهما عند القاضي: عدم السماع؛ لأنا نقضنا يده، وأجرينا القضاء، فلو قبلنا بينته، لكان ذلك نقضًا للقضاء السابق.

نعم، إن أقام بينة على تملك من جهة الذي هو صاحب اليد الآن، سمعت.

قال الإمام: وهذا الوجه يحتاج إلى شرح؛ لأنه قال: ينبغي أن يقيم بينة على [تلقي](١) الملك من سبب آخر، ويجب قبول بينته، وإنما لا تقبل بينته إذا لم يذكر سببًا أصلًا، واقتصر على ادعاء الملك المطلق؛ فلا معنى لاشتراط التلقي من هذا المدعي.

قال: وحاصل هذا الوجه: أن البينة المطلقة كانت تسمع من هذا الشخص في حال دوام يده على المذهب الظاهر، وإذا أزيلت يده فلا تسمع.

وقد سلك الغزالي في التعبير عن الحكم في هذه المسألة طريقًا آخر، وتبعه فيه الرافعي، فقال: إن لم يسند الملك إلى الأول، فهو الآن مدع [خارج.

وإن ادعى ملكًا](٢) مستندًا إلى ما قبل إزالة اليد، واعتذر بغيبة الشهود، ونحوها - فهل تسمع بينته، وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك اليد مقضي بزوالها؛ فلا ينقض القضاء.

وأصحهما: أن بينته مسموعة حتى يقيمها بعد ما قضى القاضي للمدعي، وينقض القضاء الأول؛ لأنه إنما أزيلت؛ لعدم الحجة، وقد قامت [الحجة](٣) الآن.

وحاصل ما ذكر يرجع إلى ذكر خلاف في سماع البينة مطلقة في الحالتين -أعني: حالة ما إذا أسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد، أو لم يسنده:

أما إذا أسنده، فالخلاف ظاهر قد ذكرته.

وأما إذا لم يسنده، فقد قال: إنه الآن مدع خارج، وعني به: مدع خارج قد انتزعنا(٤) العين منه بالبينة.

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ص: انتزعت.

ولهم فيما إذا انتزعت العين من شخص بالبينة، وعاد، وادعى ملكها - هل تسمع دعواه من غير ذكر تلقي الملك من صاحب اليد، أم تكفيه دعوى الملك مطلقًا؟ وجهان:

وجه الأول: القياس على الأجنبي؛ فإنه لا خلاف أن دعواه تسمع مطلقة، وإذا أقام بينة مطلقة على الملك سمعت، وقضي له بها؛ [كما][١] قاله القاضي الحسين وغيره؛ وهذا ما حكاه الإمام عن الأكثرين.

ووجه الثاني - وهو ما ادعى الرافعي أن بعض أصحاب الإمام قال: إنه الذي ذكره الأكثرون-: القياس على ما لو انتزعت العين من يده بإقراره؛ فإنه يحتاج إلى ذكر التلقي؛ كما حكاه الرافعي، ولم يحك سواه، وإن كان ابن أبي الدم قد حكى عن القاضي الحسين: أنه يكفيه دعوى الملك مطلقًا، وأنه مخالف لجميع[٢] الأصحاب.

والقائلون بالأول فرقوا بين ما إذا انتزعت العين من يده بالإقرار، أو بالبينة -بأن المقر مؤاخذ بحكم قوله في نفسه في المستقبل؛ ألا ترى أن من أقر أمس يطالب به اليوم، ولولا ذلك لم يكن في الإقرار كثير فائدة.

وإذا كان كذلك[٣] فيستصحب ما أقر به إلى أن يثبت الانتقال، بخلاف البينة؛ فإنها لم تشهد إلا على الملك في الحال؛ فلم يتسلط أثرها على الاستقبال.

وقد مال الرافعي إلى تصحيح الوجه الأول، وقال: إنه الذي يقتضي كلام الأصحاب ترجيحه؛ لأنا قد حكينا عنهم فيما إذا أقام الداخل بينة بالملك بعد ما انتزعت العين بالبينة، هل تسمع بينته، وهل يقضى له بها؟ خلافًا، وأن الأصح السماع والقضاء.

وذلك الاختلاف مفروض فيما إذا أطلق دعوى الملك، ولم يذكر التلقي، فأما إذا ادعى التلقي؛ فلا بد أن تسمع دعواه، وقد صرح به أبو الحسن العبادي.

وإذا كان الاختلاف في إطلاق الدعوى، ورجحنا وجه السماع - لزم أن يكون الراجح هاهنا: أنه لا حاجة إلى ذكر التلقي.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: بجميع.
(٣) في ص: ذلك.

قلت: وهذا التخريج فيه نظر؛ لأن محل السماع [ثم][(١)] إذا أسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد، مكتفيًا بالدعوى السالفة معتذرًا لتأخير إقامة البينة عن محلها بغيبتها؛ فكأنه أقامها قبل الحكم عليه، ودافعًا لما شهدت به بينة الخارج من أصله؛ فلذلك ينقض الحكم على هذا الوجه، ونقدره كأن لم يكن، وليس كذلك هاهنا؛ لأن هذه دعوى مبتكرة، وبينة مستأنفة؛ فلا يحسن إلحاقها بتلك البينة، والله أعلم.

ولو أقام الداخل بينة بعد القضاء عليه، وقبل إزالة يده - فإن قلنا عند إزالة يده: تسمع بينته، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان، والفرق: بقاء اليد [حسًّا؛][(٢)] هكذا أورده الرافعي، وغيره.

وعكس القاضي الحسين في «التعليق» ذلك، فقال: إذا قضى القاضي بالملك للخارج، ولم تنزع العين من يد الداخل، فهل تسمع بينته إذ ذاكَ؟ فيه وجهان، أصحهما: أنها لا تسمع.

ولو أقام الداخل البينة بعد الحكم وزوال اليد، فإن قلنا في المسألة السابقة: لا تسمع، فهاهنا أولى، وإلا فوجهان.

وقد حكى القاضي أبو سعد الهروي عنه أنه قال: أشكلت عليّ هذه المسألة نيفًا[(٣)] وعشرين سنة؛ لما فيها من نقض الاجتهاد بالاجتهاد؛ فتردد جوابي فيها؛ فذكرت: أنه إن أزالها الحاكم بالتسليم، لم ينقض؛ وإن لم يزلها، فوجهان، ثم استقر رأيي على أنه لا ينقض، سواء كان قبل التسليم أو بعده.

فرع - حكاه البندنيجي والقاضي أبو الطيب وغيرهما-: إذا كان في يد عمرو شاة، فادعاها زيد، وأقام بينة: أن الشاة ملكه، وأقام عمرو بينة أن حاكمًا حكم له بها، وسلمها إليه -قال أبو العباس بن سريج: إن كان الحاكم قد حكم بها لعمرو ببينة أقامها عمرو، قضى لزيد بها؛ لأنه قد ظهر أنّ لزيد بينة ويدًا، ولعمرو بينة بلا يد. وإن [كان][(٤)] قضى بها لعمرو؛ لأن بينة زيد كانت غير عادلة [وبينة عمرو كانت عادلة][(٥)]- أقرها في يد عمرو؛ لأن البينة الفاسقة إذا ردت، ثم أعادت الشهادة، لا تقبل. وإن كان قضى بها لعمرو؛ لأنه كان خارجيًّا، ومن مذهب الحاكم القضاء ببينة

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: تسعًا.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.

الخارج - أقرها في يد عمرو.

وفي «الحاوي» وجه: أنه ينقض حكمه، وتسلم(١) لزيد؛ لأن هذا الاختلاف وإن لم يكن فيه نص، فالقياس فيه جلي، والاجتهاد فيه قوي؛ فلذلك نقض حكمه.

وإن لم يعلم الحاكم الثاني على أي وجه وقع حكم الأول، وأشكل [الحال](٢) ففيه وجهان:

أحدهما: ينقض الحكم بها لعمرو.

والثاني - وهو الأصح-: لا ينقض، بل يقرها في يد عمرو؛ قاله البندنيجي.

قال: وإن كانت(٣) **في يدهما**، أو [في](٤) **يد غيرهما** - أي: ولم ينسبها إلى أحدهما قبل قيام البينتين، ولا بعدها- أو لا **يد لأحد**(٥) **عليها- فقد تعارضت البينتان**؛ لتنافي شهادتهما، **ففي أحد القولين تسقطان**؛ لأنهما قد تكاذبتا في الشهادة، ولأن البينة: ما بان بها الحكم، فإذا لم يكن فيها بيان، ردت؛ كما لو شهدت لأحد الرجلين. وبالقياس على النصين إذا تعارضا.

وهذا ما حكاه في «البحر» عن القديم، وهو اختيار المزني، والأصح في «المهذب»، و«التهذيب»، و«البحر»، و«الرافعي»، وغيرها، وقال ابن الصباغ: إنه الذي نص عليه الشافعي هنا، وفي موضع آخر قال: إنه الجديد. والبندنيجي قال: إنه المنصوص عليه في «الأم»، و«البويطي».

وعلى هذا قال الشيخ: **فيكونان**(٦) **كالمتداعيين بلا بينة**، وقد سبق حكم ذلك.

[قال: **والثاني**(٧) - وهو ما سنذكره-: **تستعملان**(٨)؛ صيانة لهما عن الإسقاط والإبطال بقدر الإمكان](٩)، وسنذكر من الحديث ما يدل عليه؛ وهذا قد عَزاه ابن الصباغ في موضع إلى القديم، وهو عند المراوزة مخصوص بما إذا لم تتكاذبا صريحًا؛ [كما إذا شهدتا بالملك، فإنا نقول: لعل كل واحدة منهما سمعت وصية

---

(١) في أ: ويسلمها.
(٢) سقط في أ.
(٣) في التنبيه: كان.
(٤) سقط في ص، ع.
(٥) في ص، ع: لأحدهما.
(٦) في ص: فيكون.
(٧) في التنبيه: وفي الآخر.
(٨) في التنبيه: تستعمل البينتان.
(٩) سقط في ص.

له، أو وصبرًا وغيره.

فأما إذا تكاذبتا صريحًا][١] كما إذا شهدت إحداهما بأنه قتل في وقت كذا، وشهدت الأخرى على الحياة في ذلك الوقت، لم يجر قول الاستعمال.

وطريقة العراقيين: أنه لا فرق، بل قال البندنيجي: إن تعارض البينتين: أن تشهد كل واحدة منهما بضد ما تشهد به الأخرى على صفة لا تقبل من التكاذب؛ كما إذا شهدت إحداهما: أنه باع من زيد عبده مع الزوال، والأخرى أنه باعه من عمرو مع الزوال، أو شهدت إحداهما بأن عمرًا قتل زيدًا بالبصرة، والأخرى أنه قتله ببغداد.

واختار القاضي الحسين في باب الدعوى في الميراث قول التساقط في كل مسألة يقطع فيها[٢] بكذب إحدى البينتين؛ بأن تكون الدعوى في السفاح[٣]، أو في الثوب الذي لا ينسج إلا مرة، أو في النكاح، وغيره، ولم يمنع مجيء القول الآخر فيها، واختار قول الاستعمال في كل مسألة يحتمل فيها صدق البينتين، ولم يمنع مجيء قول التساقط فيها.

وقد حكى الغزالي ما حكيناه عن العراقيين طريقة أخرى، وقال: إنه بعيد.

وحكى الفوراني الطريقين على [غير][٤] هذا النحو، وتبعه صاحب «البحر»، فقالا في حكاية إحدى[٥] الطريقين: إن القولين فيما إذا لم يمكن الجمع، فإن أمكن قسم بينهما لا محالة.

والطريق الثاني: طرد القولين في الحالين؛ وحينئذ فيحصل من النقلين ثلاث طرق:

القطع بالتساقط؛ إذا لم يمكن الجمع.

القطع بالاستعمال؛ إذا أمكن الجمع.

طرد القولين في الحالين، قال الرافعي: وهو الأشهر. ثم قال: وإيراد أبي الحسن العبادي ينساق إلى طريقة أخرى تنفي الخلاف، وتقطع بالتساقط عند استيقان الكذب في إحداهما، وبالاستعمال عند إمكان صدقهما؛ [كما][٦] في الوصية.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ: بها.
(٣) في ص: النكاح.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: أحد.
(٦) سقط في أ.

قال: وفي الاستعمال ثلاثة أقوال:

أحدها: يوقف إلى أن ينكشف، أو يصطلحا؛ لأن إحداهما صادقة، والأخرى كاذبة؛ فكان كالمرأة إذا زوجها وليان: أحدهما بعد الآخر، ونسي السابق.

وهذا ما خرجه البغداديون للشافعي، وقال الإمام: إنه أعدل الأقوال في الاستعمال. وهو في ذلك متبع للقاضي الحسين؛ [فإنه كذا قال][1] في باب الدعوى في الميراث، و قد امتنع البصريون- كما قال الماوردي- من تخريجه، وهو الأشبه؛ لأن وقف البينة على البيان يوجب[2] الحكم بالبيان دون البينة. والرافعي نسب هذا القول إلى رواية أبي الفياض.

والثاني: يقسم بينهما، أي: إذا كان قابلًا للقسمة، بمعنى: أنه لا استحالة فيه، لا بمعنى الانقسام في الحس والعيان.

ووجهه: ما روى سَعِيْدُ بْنُ أَبِي بُرْدَةَ، عَنْ أَبِيْهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ أَبِي مُوْسَى الأَشْعَرِيِّ أَنَّ رَجُلَيْنِ تَدَاعَيَا عِنْدَ رَسُوْلِ اللهِ ﷺ بَعِيْرًا- أَوْ دَابَّةً- وَشَهِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدَانِ، فَجَعَلَهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ[3]. وقد خرجه أبو داود بإسناد كلهم ثقات.

ولأن البينة أقوى من اليد، وقد ثبت أنهما إذا تساويا في اليد جعل بينهما؛ فوجب إذا تساويا في البينة أولى أن يكون بينهما.

قال الإمام: وهذا ما نقله المزني عن اختيار الشافعي، [وليس مساعدًا عليه؛ فإن الإمام الشافعي][4] أبطله في مواضع، وقال: من قال بالقسمة، دخلت عليه شناعة؛ فإنه ليس قاضيًا بواحدة من البينتين.

قال في «البحر»: وإذا قلنا: يقسم[5]، وكان الشيء في أيديهما - هل يحلف كل واحد منهما لصاحبه في النصف الذي أصابه؟ فيه وجهان؛ كما لو كان الكل في يد أحدهما.

فإن قلت: الوجهان في الأصل الذي قاس عليه مبنيان على قول التساقط والاستعمال: فإن قلنا بالتساقط حلف، وإلا فلا، وقول القسمة هاهنا مفرع على قول

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ: موجب.
(٣) تقدم.
(٤) سقط في أ.
(٥) زاد في أ: لا يقسم.

الاستعمال، فكيف يجيء الوجهان؟

قلت: قد حكينا عن الإمام الوجهين في الأصل، وإن قلنا بالاستعمال فهما[(١)] هذان الوجهان والله أعلم.

والثالث: يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، قضي له؛ لما روى الشافعي في القديم مرفوعًا إلى سعيد بن المسيب: أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ في شيء، وأقام كل واحد شهودًا، فأسهم رسول الله ﷺ [بينهما][(٢)] وقال: «اللَّهُمَّ أَنْتَ تَقْضِي بَيْنَهُمَا»[(٣)].

ولأن اشتباه الحقوق المتساوية يوجب تميزها بالقرعة؛ كدخولها في القسمة في السفر بإحدى نسائه، وفي عتق عبيده إذا استوعبوا التركة؛ [و][(٤)] هذا القول محكي[(٥)] في الدعاوى من القديم؛ كما حكاه البندنيجي.

قال: وهل يحلف مع القرعة؟ فيه قولان:

وجه الوجوب: أن القرعة قد تخطئ، وتصيب؛ فيحلف؛ لقطع التهمة ورفع[(٦)] الإشكال؛ مبالغة في الاحتياط.

ووجه مقابله: أن القرعة سيقت للترجيح؛ فاكتفي بها؛ هكذا وجهها القاضي الحسين في موضع من «تعليقه».

وقال ابن الصباغ: إنهما ينبنيان على أن الحكم عند خروج القرعة يقع بالبينة، [أو بدعواه مع القرعة؟ وفي ذلك قولان:

فإن قلنا: يقع بالبينة][(٧)]، فلا يحلف، وهو ما اختاره[(٨)] ابن أبي عصرون؛ كما حكاه ابن أبي الدم.

وإن قلنا: يرجح بالقرعة، حلف، وهو ما حكاه في «البحر» عن النص، وقال: إن عليه عامة أصحابنا.

---

(١) في أ: فيها.
(٢) سقط في ص.
(٣) أخرجه أبو داود في المراسيل ص (٢٨٨)، والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٧/ ٤٦٢) برقم (٥٩٨٧).
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: يحكي.
(٦) في أ: فيرفع.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ص: اختصاره.

ثم قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون [الترجيح][١] بالبينة المعارضة لمزيتها بخروج القرعة لها؛ لأن القرعة لو انفردت عن البينة، لم ترجح بها الدعوى؛ ولهذا قال الشافعي: إنه يحلف: إن بينتي لصادقة فيما شهدت [لي به][٢].

وقال الماوردي: إن القولين في التحليف مأخوذان من اختلاف قولي الشافعي في أن القرعة هل دخلت ترجيحًا للدعوى أو للبينة؟

فأحد القولين: أنها دخلت ترجيحًا للبينة؛ فعلى هذا لا يجب على من قرعت بينته؛ لأن الحكم بالبينة، ولا يمين مع البينة.

والقول الثاني: أنها دخلت ترجيحًا للدعوى؛ [فيجب إحلاف المدعي؛ وعلى هذا يكون فيما يثبت به الحكم وجهان:

أحدهما: اليمين مع البينة،][٣] ويكون يمينه بالله: إن ما شهدت به بينته حق، وقد نص عليه الشافعي، أي: في الدعاوى والبينات؛ كما حكاه في «البحر».

والثاني: أن الحكم يثبت بيمينه؛ ترجيحًا بالبينة؛ وهذه الطريقة هي المشهورة على قول الاستعمال.

وعن القاضي ابن كج: أنه حكى عن القاضي أبي حامد: أن الأقوال الثلاثة لا تجمع؛ بل موضع قول القسمة: ما إذا أمكن الجمع، وموضع قول القرعة: ما إذا لم يمكن.

أما إذا أقر الثالث الذي في يده العين بها لأحدهما بعد قيام البينتين، فإن قلنا بالتساقط، رجع[٤] إليه، وإن قلنا بالاستعمال فهل يرجح به؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه يصير صاحب اليد.

والثاني: لا؛ لأن يد الثالث بعد قيام البينتين واستعمالهما مستحقة الإزالة بالاتفاق فلا تأثير لها، ولا اعتبار بإقرار صاحبها.

وقد أجاب القائلون بالقول الصحيح في أصل المسألة - وهو قول التساقط- عن القياس على نسيان[٥] السابق من النكاحين-: أنه يمكن التذكر فيه، وهاهنا لا يرجى زوال ذلك بالتذكر.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص: به لي.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ: دفع.
(٥) في أ: فساد.

وعن حديث أبي موسى [الأشعري][(١)]: بأنه يحتمل أن يكون المدعى به في أيديهما؛ فأبطل البينتين، وقسم بينهما، على أنه روي عنه أنه قال: «ولا بينة لهما».

وعن حديث سعيد بن المسيب: بأنه يحتمل أن يكون ذلك الشيء عتقًا أو قسمة؛ كذا قاله ابن الصباغ، وقد يأتي في بعض الصور الجزم بالقول الصحيح، وبيانه: ما إذا تعارضت البينتان في نكاح امرأة تنازعه رجلان؛ فإن الأصحاب قالوا: لا شك[(٢)] أن قول القسمة لا يجري، وكذلك قول الوقف؛ فإن الاصطلاح في النكاح غير ممكن؛ فلا[(٣)] معنى لحبس المرأة أبدًا.

فأما[(٤)] القرعة، فقد تردد فيها الأصحاب:

فمنهم من قال بجريانها، وهذا ضعيف في «تعليق» القاضي الحسين وغيره.

ومنهم من ذهب إلى المنع، وهو الأصح، وبه جزم في «التهذيب»؛ وعلى هذا يلزم القطع بالتساقط؛ كذا قاله الإمام.

واعلم أن الشيخ جعل العين إذا كانت في يدهما، وأقام كل [واحد][(٥)] منهما بينة - كما لو كانت العين في يد غيرهما، وهو ما اختاره في «المرشد».

والشيخ أبو حامد قال: إنها تكون بينهما، وهل يحتاج كل واحد منهما أن يحلف على النصف الذي في يده؟ فيه قولان؛ لأن لكل واحد منهما بينة ويدًا على النصف؛ فهو كما لو أقام كل واحد منهما بينة، والعين في يد أحدهما؛ فإنه يقضي بها لصاحب اليد، وهل يحتاج إلى اليمين؟ فيه قولان.

وهذا ما حكاه ابن الصباغ عن «الأم»، ولم يورد البغوي سواه؛ وكذلك الماوردي في باب الدعاوى في وقت دون وقت، وطرده فيما إذا شهدت بينة أحدهما بأنه اشتراها من زيد، وهي ملكه، وبينة الآخر: أنه اشتراها من زيد -أيضًا- وهي ملكه، وكان التاريخ واحدًا، ولم يعلم السابق منهما.

ووجهه البغوي: بأن بينة كل واحد منهما ترجحت في النصف الذي بيده؛ فقضي له به.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص: يشك.
(٣) في أ: ولا.
(٤) في أ: وأما.
(٥) سقط في أ.

وبيانه: أن من أقام البينة منهما أولًا، فإنه يقيمها على ملك النصف الذي في يد صاحبه، والثاني يقيمها على ملكه للكل، وتسمع منه؛ لأنه في النصف الذي في يد صاحبه خارجي، وفي النصف الذي في يده داخلي، فقد[١] قامت عليه البينة بما في يده، ويحتاج من أقام البينة على النصف أولًا أن يقيمها ثانيًا على ملكه لما كان في يده.

قال الرافعي: وكأن هؤلاء امتنعوا من إجراء الأقوال، وقالوا: موضع الأقوال ما إذا خلت البينتان عن الترجيح، واليد من أسباب الترجيح.

والحاصل للفتوى على الطريقين معًا: إبقاء المال في يديهما كما كان، ومحلهما: إذا شهد[٢] شهود كل واحد منهما له بجميع المال - كما ذكرناه - فأما إذا شهد[٣] شهود كل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه، فالبينتان لم تتواردا على شيء واحد حتى يقال بالتعارض، ولا يد للمدعي في المشهود به حتى [يترجح][٤] جانبه، ولكن يحكم القاضي لزيد بما في يد عمرو، ولعمرو بما في يد زيد، ويكون المال في يدهما -أيضًا- كما كان، ولكن بجهة التساقط، لا بجهة الترجيح باليد.

وفي «الإبانة» في هذه الحالة - أعني: حالة إقامة كل منهما [البينة][٥] على ملك جميع الدار-: أنه يجيء قول القسمة، ولا يجيء قول الوقف؛ إذ لا معنى للتوقف مع ثبوت اليد، وهل تجيء القرعة؟ فيه وجهان.

وكلام الإمام الذي حكيناه من قبل عند الكلام فيما إذا كانت العين في يد أحدهما، يأبى ذلك، ويقتضي موافقة الشيخ أبي حامد، وقد صرح به في موضع آخر؛ حيث قال: إن كل واحد منهما إذا أقام بينة، والعين في يديهما، لم تؤثر البينتان في تغيير[٦] ما كانا عليه قبل الخصام، بل كل واحد على نصف الدار، غير أنهما كانا على ظاهر اليد، وقد ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف.

قال: وإن كانت بينة أحدهما شاهدين، وبينة الآخر شاهدًا ويمينًا -ففيه قولان: أحدهما: [أنه][٧] **يقضي به لصاحب الشاهدين**؛ لأنها بينة مجمع عليها،

---

(١) في أ: قد.
(٢) في أ: شهدت.
(٣) في أ: شهدت.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: تغير.
(٧) سقط في التنبيه، أ.

وبينة الآخر مختلف فيها.

وأيضًا: فإن التهمة متوجهة في اليمين، وغير متوجهة في الشهادة؛ وهذا أصح في «الحاوي»، و«النهاية»، وعند الغزالي، وصاحب «المرشد»، والنواوي، وغيرهم.

وقال في «البحر»: إنه ليس بشيء.

والثاني: أنهما سواء؛ لأنهم استويا في إثبات الملك عند الانفراد؛ فأشبه ما لو كانت بينة أحدهما شاهدين، وبينة الآخر شاهدًا وامرأتين؛ فإنه لا تترجح إحداهما على الأخرى؛ على المشهور.

وادعى الإمام فيه اتفاق الأصحاب؛ وهذا ما حكاه القاضي الحسين قبيل[١] كتاب الدعاوى من الجديد.

وعلى هذا قال: فتتعارضان، وفيهما قولان، وقد سبق توجيههما.

وعن الماسرجسي رواية قول آخر حكاه الفوراني -أيضًا-: أن الرجلين يترجحان على رجل وامرأتين؛ لزيادة الوثوق بقولهما؛ وكذلك يثبت بقول رجلين ما لا يثبت بقول رجل وامرأتين، وقد أبدى الإمام هذا احتمالًا لنفسه؛ تفريعًا على ما سنذكره عن القديم وأيده: بأن من أقام رجلًا شاهدًا، وأراد أن يحلف معه في المال، أمكنه ذلك، ولو أقام امرأتين، وأراد أن يحلف معهما، لم يجز.

قلت: ولو بني الخلاف في تعارض الشاهدين، والشاهد واليمين على أن الحكم عند وجود الشاهد واليمين يقع [باليمين، أو بالشاهد][٢]، أو بهما - لم يبعد، ويقال: إن قلنا: إنه يقع باليمين، أو بهما - فلا تعارض؛ لما تقدم أن البينة أقوى من اليمين. وإن قلنا: يقع بالشاهد فقط، فيجيء التعارض؛ لأن الحكم إذا وقع بالشهادة، لم ينظر إلى عدد الشهود؛ ألا ترى أنه إذا أقام أحدهما شاهدين، والآخر عشرة - وقع التعارض؟!

على أن الماوردي والقاضي الحسين وغيرهم قد حكوا عن القديم قولًا: أن البينة المشتملة على زيادة عدد أولى، والحكم بها أحق، وطردوه فيما إذا كانت إحدى البينتين أظهر في العدالة من الأخرى؛ كما هو مذهب الإمام مالك فيهما.

والأكثرون نفوا عن الشافعي هذا القول، وجزموا بعدم الترجيح في هاتين

---

(١) في أ: قبل.
(٢) في ص: بالشاهد أو باليمين.

الصورتين، وحملوا ما حكي عنه على حكاية مذهب الغير.

والطريقان جاريان فيما إذا خصت إحدى البينتين بزيادة فقه[١].

قال في «الوسيط»: أو كان في إحدى الجانبين شهادة أحد الخلفاء الأربعة.

والصحيح - وإن ثبت الخلاف - عدم الترجيح بما ذكرناه؛ وهذا بخلاف الرواية حيث رجحوا بهذه الأمور؛ لأن الشهادة نصاب مقدر؛ فيتبع، وليس للرواية ضبط؛ فيعمل بما غلب على الظنون.

ومنهم من ألحق الرواية بالشهادة.

فرع: إذا قلنا بالقديم، وكان من جانب [صاحب][٢] اليد شاهد ويمين، ومن جانب الخارج شاهدان - ففي «تعليق» القاضي الحسين حكاية وجهين:

أحدهما: تترجح بينة صاحب اليد.

والثاني: تترجح بينة الخارجي.

ولو كان من جانب عشرة من أوساط العدول، ومن جانب عدلان، وهما على المنصب الأعلى في الثقة والتثبت -قال الإمام: فيجب على القاضي أن ينظر بينهما نظر المجتهدين في حرين يرويان خبرًا.

قال: **ولو شهدت بينة أحدهما بالملك** من سنة، و[شهدت][٣] **بينة الآخر بالملك من شهر** - أي: مع شهادتهما بالملك في الحال، والعين في يد ثالث - ففيه قولان:

أحدهما: [٤]**تتعارضان، وفيهما**[٥] **قولان**؛ إذ المقصود إثبات الملك في الحال؛ فلا تأثير للسبق؛ فإنه غير متنازع فيه، ولأن الشهادة بحديث الملك، لم تنف تقدم الملك، وإن أثبتته الأخرى؛ فصارتا متكافئتين.

وهذا ما حكاه «البويطي»، والمزني [في «المختصر»][٦]؛ ولأجله قال القاضي الحسين: إنه الجديد. وصححه ابن كج وشرذمة، وعن ابن سريج، [والشيخ أبي علي،][٧] وابن سلمة، وابن الوكيل: القطع به.

---

(١) في أ: ثقة.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في التنبيه: أيهما.
(٥) في التنبيه: وفيها.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في ص.

والثاني- وهو الصحيح- : أن التي شهدت[(١)] **بالملك القديم أولى**؛ لأنها انفردت بإثبات الملك في زمان لا تعارضها فيه الأخرى؛ فوجب وقف التعارض، وأمضي ما ليس فيه تعارض.

ولأن ثبوت ملك المقدم[(٢)] يمنع أن يملكهُ المتأخر إلا عنه، ولم تتضمنه الشهادة له؛ فلم يحكم بها.

وهذا ما رواه الربيع، واختاره المزني والأكثرون، ومنهم الشيخ أبو حامد وسالكو طريقه، والماوردي، والبغوي، وقال في «الشامل»: إنه ظاهر المذهب. وقال القاضي الحسين والشيخ أبو علي: إنه القديم.

ويجري القولان -كما قال القاضي أبو الطيب، والبندنيجي- فيما إذا أقام أحدهما بينة: أنه ملكه من سنة إلى الآن، وأقام الآخر بينة [على أنه][(٣)] ملكه الآن.

وفي بينة الزوجين على الزوجية[(٤)] إذا سبق التاريخ؛ كما قال الغزالي.

وكذا فيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ بسبب الملك؛ كما إذا أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة، والآخر [بينة][(٥)] أنه اشتراه من عمرو منذ شهر.

وكذا فيما إذا تنازعا أرضًا مزروعة، وأقام أحدهما بينة: أنها أرضه زرعها، والآخر بينة أنها ملكه مطلقًا؛ لأن البينة التي شهدت بالزرع تثبت الملك في وقت الزراعة؛ هكذا ذكره صاحب «التهذيب»؛ تصويرًا وتوجيهًا.

قال الرافعي: وفيه ما يبين أن سبق التاريخ لا يشترط أن يكون بزمان معلوم؛ حتى لو قامت[(٦)] بينة: أنه ملكه منذ سنة، وأخرى على أنه ملكه أكثر من سنة - كان موضع الخلاف.

قال: فعلى هذا إن كان مع أحدهما بينة بالملك القديم، أي: بالملك من سنة، **ومع الآخر**، أي: الذي شهدت له البينة بالملك من شهر، [يد][(٧)] **فقد قيل: صاحب اليد أولى**؛ لأن [اليد أولى من][(٨)] الشهادة بالملك القديم؛ كما سنذكره. وهذا ما نص عليه

---

(١) في التنبيه: الذي شهد.
(٢) في أ: القديم.
(٣) في ص: أنه على.
(٤) في أ: الزوجة.
(٥) سقط في ص.
(٦) في ص: أقامت.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في أ.

الشافعي، وتابعه عليه جمهور أصحابه؛ كما قاله الماوردي، وصححه الرافعي، واختاره في «المرشد».

وقيل: صاحب البينة بالملك القديم أولى؛ لأن الترجيح من جهة البينة أولى من الترجيح من جهة اليد؛ [كما أن البينة أولى من اليد][1]. وهذا طريق ابن سريج؛ كما حكاه في «المهذب»، وأبي إسحاق؛ كما حكاه ابن الصباغ؛ وكذا الماوردي، وخطأه فيه، وطريقهما- كما حكاه القاضي أبو الطيب، وكلام القاضي الحسين -يقتضي أنه الضعيف؛ لأنه جعله بمنزلة من اشتملت بينته على زيادة في العدد، أو الورع، و[قد][2] قال ابن يونس: إنه الصحيح.

وفي «الوسيط» وجه [آخر][3]: أنهما تتعارضان.

وعلى قول الترجيح بالملك القديم في حال كون العين في يد ثالث فرع آخر، وهو: أن نماء العين وأجرتها يكون لمن شهدت له البينة بالملك القديم.

وعلى مقابله إذا قلنا بالتساقط فلا، وإن قلنا بالاستعمال فيكون له في الزمن الذي لم يقع فيه التعارض، وهو أحد عشر شهرًا، وما حصل في الشهر الآخر تأتي فيه الأقوال؛ كذا أشار إليه الماوردي والرافعي.

وكلام ابن الصباغ يقتضي أن النماء له على كل حال؛ لأنه قال في توجيه القول بأن التي شهدت بالملك القديم أولى: ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان.

وعلى القولين فرع آخر بناه ابن سريج، وهو: إذا كان في يد رجل دار، فادعاها رجل، وأقام شاهدين: أنها ملكه، فحكم له بها، ثم جاء آخر، وأقام شاهدين: أنها ملكهذ- هل يحتاج الأول إلى إعادة بينته؛ ليحصل التعارض؟ قال: إن قلنا: إن بينة الأقدم مسموعة، وإنها أولى من بينة الأحدث- فلا يحتاج، ويقع التعارض. وإن قلنا: إن بينة الأقدم والأحدث سواء، ففي الاحتياج إلى إعادة البينة الأولى وجهان، والصحيح: أنها تعاد؛ لأنها غير موجودة الآن حتى يقع التعارض؛ حكاه أبو الطيب وابن الصباغ.

قال: وإن شهدت بينة أحدهما بالملك والنتاج[4] في ملكه، وبينة الآخر بالملك

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: والنكاح.

وحده - **فقد قيل: بينة النتاج أولى** - أي: وإن قلنا: إن البينة بالملك المتقدم(١) لا يرجح بها - لأنها تنفي أن يتقدم عليه ملك لغيره، والشهادة بقديم(٢) الملك لا تنفي ذلك.

وأيضًا: فإن بينة الأقدم شهدت بالملك دون سببه؛ فساوت بينة الأحدث، وبينة النتاج شهدت بالملك وسببه؛ فكانت أولى؛ ألا ترى أنه لو شهد شاهدان أن هذا الولد ابن فلان، وشهد آخران أنه ابن هذا ولد على فرشه- كانت بينة الفراش أولى؛ لأنها شهدت بالنسب وسببه؟!

وهذه طريقة أبي إسحاق وجمهور الأصحاب؛ كما قاله الماوردي، [وبها جزم القاضي أبو الطيب في كتاب العاقلة](٣)، وفي «الشامل»: أن هذا ضعيف. والقائلون بهذه الطريقة قصدوا بما ذكروه من الفرق الرد على المزني؛ فإنه استشهد لما اختاره في المسألة السابقة بنص الشافعي على أن بينة النتاج - كما ذكرنا - [أولى](٤).

قال: وقيل: على قولين؛ كالمسألة قبلها؛ لأنه ليس في بينة النتاج أكثر من الشهادة بملك متقدم، فلتكن على القولين. وهذه طريقة ابن سريج وأكثر الأصحاب؛ كما [قاله الرافعي، وجميع الأصحاب؛ كما](٥) قاله الإمام.

وحكى الماوردي عن ابن خيران: [أن](٦) ابن سريج كان يقول: الشهادة بالنتاج ليست من منصوصات الشافعي، وإنما أوردها المزني من تلقاء نفسه.

ثم الطريقان في مسألة النتاج يجريان -كما قال الماوردي- فيما لو تنازعا ثوبًا، وأقام أحدهما البينة على أنه له، نسجه في ملكه، و[أقام](٧) الآخر البينة على أنه له.

ومن طريق الأولى: إذا تنازعا تمرة أو حنطة، فشهدت بينة أحدهما بأنها حدثت في(٨) ملكه من شجرته أو بذره؛ كما صرح به الرافعي.

قال الماوردي: ولا تجري طريقة القطع فيما إذا شهدت بينة أحدهما بسبب الملك من الابتياع أو الميراث، وشهدت الأخرى بالملك من غير ذكر سببه، بل هذه المسألة ملحقة بتقديم الملك. وهذا استنبطه الرافعي من الفرق الذي ذكره الأصحاب بين

---

(١) في ص: القديم.
(٢) في أ: بقدم.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في أ.
(٨) في ص: على.

مسألة النتاج ومسألة تقديم الملك.

وفي «تعليق» البندنيجي حكاية الطريقين في الكل، وألحق الغنيمة بالابتياع، وجعل الضابط في جريانهما: أن تشهد إحدى البينتين بالملك وسببه، وتشهد الأخرى بالملك المطلق.

قال: وإن ادعى[(١)] **كل واحد منهما : أنه ابتاع هذه الدار من زيد، وهي ملكه**، أي: ملك زيد حالة العقد، وهي الآن في يد زيد، **وأقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه- فإن كان تاريخهما مختلفًا**، أي: بأن كان تاريخ إحداهما في رمضان، وتاريخ الأخرى في شوال، أو تاريخ إحداهما في يوم السبت، والأخرى في يوم الأحد.

قال: **فهي للسابق منهما؛** لأنه ابتاعها وهي ملك للبائع[(٢)]، والآخر ابتاعها وقد زال ملكه؛ فلم يحكم له به.

قال القاضي أبو الطيب: ونحن وإن كنا نجوز أن يكون قد اشتراها ثم باعها، إلا أن الظاهر أنه ما اشتراها، فإذا ادعى أنه عاد واشتراها فعليه [البينة][(٣)].

قلت: ويتجه تخريج وجه في تقديم المتأخر مما[(٤)] سنذكره فيما إذا كان في يد شخص عبد، وادعى العبد أنه أعتقه وهو ملكه، وادعى آخر: أنه اشتراه وهو ملكه، وأقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، وكان تاريخ العتق متأخرًا، والمنقول أنها للأول.

وهكذا الحكم فيما لو كانت إحدى البينتين مطلقة، والأخرى مؤرخة، وقلنا بتقديم المؤرخة على المطلقة؛ كما هو أحد الوجهين؛ فيقضي لمن أرخت بينته؛ كذا صرح به أبو الفرج الزاز، ولمن قامت بينته بالابتياع المتأخر أن يرجع على البائع بما دفعه له من الثمن[(٥)]؛ إن شهدت بينته بقبضه.

قلت: وهذا من الأصحاب جواب على الأصح في [أن من قال في][(٦)] حال المنازعة: هذا ملكي، وملك من اشتريت منه؛ فخرج مستحقا: أنه يرجع بالثمن.

أما إذا قلنا: إنه لا يرجع بالثمن فيما إذا قال: ملكي وملك من اشتريت منه - كما

---

(١) زاد في التنبيه: رجلان.
(٢) في ص: البائع.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: كما.
(٥) في ص: ثمن.
(٦) سقط في أ.

قدمت حكايته في الباب وجهًا - فلا يرجع بالثمن هاهنا؛ لأن ذلك عين[1] المسألة والله أعلم.

قال: وإن كان تاريخهما واحدًا، [أو لم يعلم][2] **السابق منهما** - أي: إما لكونهما مطلقتين، أو لكون إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، ولم ينظر إلى تقديم المؤرخة؛ كما هو الصحيح.

قال: **تعارضت البينتان**، أي: في الملك دون العقد فيما عدا الأولى، وفيهما في الأولى؛ للمنافاة الحاصلة بينهما.

قال: **وفيهما قولان**:

أحدهما: **تسقطان**؛ لما تقدم.

وحكى الإمام وجهًا آخر: أنهما لا تسقطان في الصورة الثانية، وإن قلنا بالتساقط في الأولى؛ فإن صدق البينتين ممكن، فلعل أحدهما اشترى ثم عادت الدار إلى ملك المدعى عليه، فاشتراها الثاني.

وهذا حكاه الفوراني؛ بناء على الطريقة التي حكاها في أن التعارض إنما يصار إليه عند تحقق التكاذب، ولا وجه لهذا؛ فإنه لا نفع في تقدير صدقهما مع تعذر إمضائهما؛ فعلى هذا -أعني: قول التساقط- يرجع إلى البائع، فإن كذبهما حلف لكل واحد منهما، وغرم [له][3] ما شهدت [له][4] به بينته من الثمن الذي دفعه؛ لأن تعارض البينتين في البيع لا في دفع الثمن؛ كذا قاله في «الحاوي» هنا.

وفي «الإبانة» و«النهاية»: أنه هل يرجع كل واحد منهما بما شهدت له به بينته من الثمن؟ فيه وجهان.

وقد حكى الماوردي فيما إذا شهدت بينة على شخص بعتق عبده، وشهدت بينة أخرى عليه بأنه باعه: أنا إذا قلنا بالتساقط لا يلزمه رد الثمن بالبينة، لأنها قد أسقطت في كل [ما شهدت به. ومن][5] اختلاف نقليه[6] يجتمع[7] الوجهان، وقد صرح بهما عند الكلام فيما إذا ادعى أحدهما أنه اشترى هذه الدار من زيد وهي ملكه، وادعى

---

(١) في ع: غير.
(٢) في التنبيه: ولم يعرف.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: بينتيه.
(٧) في ص: يجمع.

الآخر: أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه، وقال: إنهما ينبنيان على القولين في أن الشهادة إذا ردت في بعضها، هل ترد في الباقي؟

والصحيح في «الرافعي» وغيره: الرجوع.

وقال الإمام: إنه يرجع حاصله إلى تهاتر من وجه، واستعمال من وجه، وهو فقه لا ينقدح عند المحصل غيره؛ وهذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع، فإن تعرضت له، فلا رجوع بالثمن؛ إذ العقد قد استقر بالقبض.

وإن صدق أحدهما، وكذب الآخر، كانت الدار مبيعة من المصدق دون المكذب، فإن طلب المكذب إحلاف البائع بعد ذلك، قال القاضي الحسين: ذلك ينبني على أنه لو أقر هل يغرم؟ فإن قلنا: يغرم، حلف، وإلا انبنى على أن يمين الرد كالبينة أو كالإقرار؟ فإن قلنا: كالإقرار، لم يحلف، وإلا حلف.

فإذا حُلِّفَ فنكل، وحلف المدعي فماذا يرجع به؟ فيه وجهان:

أحدهما: قيمة العين؛ لأنه ليس ببينة حقيقة.

والثاني: بالعين، وتنزع من يد المقر له؛ كما لو أقام بينة.

وقال البندنيجي والفوراني: طلب اليمين ينبني على أنه لو عاد وأقر للثاني، هل يغرم له؟ وفيه قولان: فإن قلنا: يغرم، حلف، وإلا فلا.

وهكذا حكى ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد، ثم قال: وينبغي عندي أن يجب عليه [رد][1] الثمن قولًا واحدًا؛ لأنه اعترف بقبضه، وتعذر عليه تسليم المبيع، وإن لم يعترف فللثاني تحليفه؛ لما ذكرته.

قلت: وهذا منه يدل على أمرين:

أحدهما: أن المسألة مصورة بما قبل القبض، وأن الذي اختلف في الرجوع به الثمن إذا لم تكن البينة قد قامت بقبضه.

وقد قال القاضي الحسين بعد حكاية القولين في التغريم والتحليف- كما ذكرنا عن الشيخ أبي حامد وغيره-: إن هذا إنما[2] يتصور إذا[3] كان المبيع قد قبضه مدعي الدار ثم عادت إلى يد البائع، فجحده؛ ليحلفه على تغريم قيمة العين. أما إذا لم يكن

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ: ما.
(٣) في أ: إن.

قد قبض المبيع، فأقر لأحدهما، للثاني تحليفه على تغريم الثمن؛ لأنه قد فات المبيع بإقراره، فهو كما لو غصبه أو غيبه.

وهذا منهما بناء على أن جناية البائع على المبيع قبل القبض كالآفة السماوية في انفساخ العقد، ولو نظرا إلى أنه كجناية الأجنبي، ولم يقولا بانفساخ العقد بمجرد[(١)] الإتلاف، بل بثبوت الخيار - لقالا: إنه يثبت له الخيار، فإن فسخ كان له الثمن، وإلا فهل له طلب القيمة؟ ينبني [على][(٢)] أن الحيلولة القولية التي لم يُيأس معها [من][(٣)] الرد، هل توجب الغرم؟ وفيه خلاف يأتي، ويدل على ذلك أن القاضي قال بعد ذلك: إذا لم يكن لهما بينة وادعيا عليه الدار -كما ذكرنا- فأقر لأحدهما، [فماذا يدعي عليه الآخر؟][(٤)] ذلك ينبني على أصل، وهو أن جناية البائع على المبيع قبل القبض كآفة سماوية، أو كجناية أجنبي؟ إن قلنا: كآفة سماوية، فإنه يدعي عليه الثمن، وإن قلنا: كجناية أجنبي، انبنى على ما إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد، لا بل من عمرو، هل يغرم القيمة أم لا؟

فإن قلنا: يغرم [ثم،][(٥)] فهاهنا يدعى عليه القيمة.

وإن قلنا: لا يغرم ثم، انبنى على أن النكول ورد اليمين يكون كالإقرار أو كالبينة؟ وساق [مثل][(٦)] ما حكيناه عنه من قبل.

وأما الماوردي فإنه قال فيما إذا اعترف لأحدهما، وطلب الآخر يمينه: إنه ينظر:

فإن كان قد سبق بالدعوى عليه قبل أن يصدق الآخر، كان له إحلافه؛ لأنه قد استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى الآخر؛ فلم يسقط حقه منها بتصديقه[(٧)] لغيره.

وإن كانت دعواه بعد تصديق الآخر، فلا يمين عليه إن كانت قيمة الدار قدر ما بذله من الثمن، [وإن كانت أكثر من الثمن][(٨)]، فتحليفه ينبني على أنه لو عاد وصدقه، هل يغرم له الزائد من القيمة على الثمن [أم لا][(٩)]؟ وفيه قولان: فإن قلنا: لا يغرم له، لم يحلف، وإلا حلف.

---

(١) في ص: لمجرد.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: فيما إذا ادعى عليه الآخر.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: تصديقه.
(٨) سقط في أ.
(٩) سقط في ص.

وهذا [قاله- والله أعلم][1] - بناء على ما حكيناه عنه أولًا في المسألة السالفة[2]: أنه يرجع بما شهدت به بينته من قبض الثمن.

ولو صدقهما البائع، جعلت الدار بينهما، ويكون نصفها مبيعًا على كل واحد منهما بنصف الثمن الذي أقر به البائع؛ إن صدقه المشتريان على قدره، وإن كذباه حَلَّفاه، وبطل البيع.

قال: **والثاني: تستعملان: إما بالقرعة**، أي: على قول من رآها؛ إذ لا مانع منها.

وقال الشيخ أبو محمد: إنها لا تجري فيما عدا الصورة الأولى. وهو ضعيف.

وعلى الأول هل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه القولان.

قال: **أو بالقسمة** [أي][3]: على قول من رآها؛ لما ذكرناه.

وعلى هذا قال العراقيون والقاضي الحسين: يثبت لكل [واحد][4] منهما الخيار في فسخ العقد وإمضائه بنصف الثمن الذي شهدت به بينته؛ لتبعيض الصفقة عليه.

ويجيء وجه في أنه إذا أجاز يجيز بكل الثمن كما ذكرناه في البيوع.

فإن اختارا الإمضاء كانا شريكين في الدار، ويرجع كل واحد منهما عليه بنصف ثمنه؛ بناء على أن الإجازة بالقسط لا بالكل.

وإن اختارا الفسخ، فإن فعلا ذلك في وقت واحد، انفسخ العقدان.

وإن فعل [أحدهما ذلك][5] قبل الآخر، فقد فسخ الأول دون الثاني.

قال الماوردي: لأن بفسخ الأول يكمل المبيع للثاني؛ فسقط خياره.

وإن اختار أحدهما الإمضاء، والآخر الفسخ، فالفاسخ يزول ملكه، والمجيز ينظر فيه:

فإن أجاز بعد فسخ الأول، كملت له الدار بجميع الثمن.

وفيه وجه حكاه القاضي الحسين وغيره: أنه لا يكمل له؛ كما سنذكره في الحالة الثانية.

وإن أجاز قبل فسخ الآخر، لم يكن له إلا نصف الدار بنصف الثمن؛ لأن سهم الفاسخ لم يعد إلا بعد استقرار العقد في ابتياع النصف.

---

(١) في ص: والله أعلم قاله.
(٢) في ص: السابقة.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: ذلك أحدهما.

قال الإمام: والذي نراه [أن][١] الترتيب على عكس هذا، فإن فسخ من بدأنا به، سلمنا الدار إلى المجيز وجهًا واحدًا؛ لأن القسمة ليست معينة لعينها، وإنما هي للاستواء في الطلب والحجة وقيام النزاع؛ فإذا زال وجب التسليم [إلى][٢] المطالب.

وإن رضي من بدأنا به بالبقاء، وفسخ الثاني، ففي رد النصف إلى الثاني وجهان؛ فإن الأول إنما رضي بالنصف لتقدير نزاع الثاني، فإذا زال فطلبه قائم.

وفي «الإبانة»: أنه إذا فسخ أحدهما فيما يخصه، فهل على المدعى [عليه][٣] تسليم ذلك إلى الآخر؟ فيه وجهان من غير تفصيل.

وهذا كله إذا لم تكن البينة قد تعرضت لقبض المبيع ولا جرى ذكره في الدعوى، أما إذا وجد ذلك، فلا خيار؛ لأن ما يحدث بعد القبض ليس على البائع عهدته.

قال: **ولا يجيء الوقف** - أي: عند من رآه في غير هذه الصورة- لأن المعقود عليه لا يوقف.

قال ابن الصباغ: فإن قيل: العقد [أيضًا لا ينقسم، وقد قلتم بالقسمة - قال: قلنا: إنما يقسم المعقود عليه، دون العقد،][٤] ولو قلنا: يوقف هاهنا، لأوقفنا العين والعقد.

على أني رأيت في «الحاوي»، و«البحر»، و«الشامل» في أوائل كتاب الدعاوى عند الكلام في التنازع في كراء الدار: أنهما إذا اختلفا في عقد، وكان لهما بينة، فإن قلنا بالاستعمال فلا يجيء قول الوقف؛ لأن العقود لا توقف، والقسمة لا تجيء أيضًا؛ لأنهما يتنازعان عقدًا، ولا يمكن قسمة العقد؛ فلم يبق إلا القرعة؛ فيقرع بينهما، فإذا خرج السهم لأحدهما حكم له ببينته، لكنهم قالوا: ذلك فيما[٥] إذا اختلفا: هل وقع عقد الإجارة على الدار كلها، أو [عليها إلا بيتًا فيها][٦]، وقد يظهر فرق بين هذه المسألة وبين مسألتنا.

وقد قال القاضي الحسين في مسألتنا: إن قول الوقف يجري، وإذا قلنا به أخذنا من البائع كلا الثمنين، ويعدلان - أيضًا - وهذا ما حكاه الإمام عند الكلام في هذه

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: ما.
(٦) في ص: على بعض الدار.

المسألة، وقال قبل ذلك: إن من أصحابنا من قال: لا يوقف البيع. وهو غفلة ظاهرة؛ فإن الوقف الذي نمنعه في العقد إنما هو [وقف](١) العقد على وجود شرط قد تخلف عنه، أما التوقف في الخصومات فلا يمنع فرضه في البيع.

والذي أورده الشيخ هو ما حكاه العراقيون: كأبي الطيب، والبندنيجي، وابن الصباغ، ولم يحك الفوراني سواه.

وقد حكى الربيع قولًا ثالثًا في أصل المسألة: أن تعارض البينتين يوجب إبطال العقدين(٢)؛ فيكون كل واحد من البيعين باطلًا: كالمتداعيين نكاح امرأة يقيم كل واحد منهما البينة على أنه تزوجها من ولي، ولم يعلم أي العقدين سبق؛ فإنه يبطل النكاحان بتعارضهما.

قال الماوردي: وقد أنكر أصحابنا هذا القول، ونسبوه إلى تخريج الربيع، ومنعوا من اعتباره بالنكاح؛ لأن نكاح المرأة لا يجوز أن يكون بين زوجين، وشراء الدار يجوز أن يكون بين مشتريين؛ فبطل النكاحان لامتناع الشركة، ولم يبطل البيعان مع جواز الشركة.

وهذا كله إذا كانت العين في يد البائع، وكان منكرًا أو ساكتًا، فلو صدق أحد المشتريين، فهل يوجب تصديقه ترجيح من صدقه على الآخر؟ فيه وجهان في «الحاوي» وغيره:

أحدهما - وهو قول المزني، وابن سريج-: نعم؛ لأنه أصل ذو يد؛ فعلى هذا يرجع إلى بيانه في أي العقدين تقدم، ولا يرجع إلى بيانه: أيهما باع؛ لأنه قد ثبت عليه البيعان بالبينة، فإذا بين أحدهما بالتقدم كان له البيع.

وقد استدل لهذا الوجه بأن الشافعي قال في كتاب الرهن: إذا كان لرجلين على رجل دين، وادعى كل واحد منهما أنه رهن عنده هذه الدار قبل صاحبه، وأقام على ذلك بينة، فأقر الراهن لأحدهما - أن بينة المقر له أولى. كذلك في مسألتنا، ولا فرق بين الراهن والبائع.

[والوجه الثاني-](٣) وهو قول أبي علي ابن خيران، وعامة أصحابنا؛ كما قال

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ص: العقد.
(٣) سقط في أ.

الماوردي، وأبو الطيب-: أن تصديق البائع لأجل يده غير مقبول في ترجيح بينة أحدهما؛ لاتفاق البينتين على زوال ملكه؛ فبطل بهما حكم ملكه، وإنما يرجع إلى يد يجوز أن تكون مالكة.

وما ذكره الأولون من الاستشهاد بمسألة الرهن غير دال لهم؛ لأن فيها قولين:

فإن قلنا: لا يقبل، سقط السؤال.

وإن قلنا: يقبل، فالفرق: أن الراهن ما زال ملكه عن الرهن؛ فقبل إقراره، وليس كذلك في مسألتنا.

فعلى هذا يجري القولان في التعارض، ويكون الحكم كما سبق.

وعلى الأول قال الماوردي: يجوز لكل واحد منهما أن يدعي عليه العلم بالأسبق، ويحلفه يمينًا تخصه؛ لأنه لو بين بعد إنكاره قبل منه، فلو جمع بين المشتريين في البيان، لم يكن فيه بيان؛ لأن بيانه في التقديم، ويستحيل أن يكون [كل واحد منهما مقدمًا][1] على الآخر في حالة واحدة.

وقال الشيخ أبو حامد: يكون بينهما بتصديقهما. وهذا ما أورده البندنيجي، والقاضي أبو الطيب، وقال: إن كل واحد منهما هل له تحليفه؛ لأجل النصف الذي لم يقر في يده؟ فيه قولان.

ثم قال الماوردي بعد حكاية قول أبي حامد: وهذا وهم إن كان قال هذا وهو يرى أن بيان البائع مقصور على التقدم بالعقد؛ لاستحالة اجتماعهما في التقدم، وإن قاله؛ لأنه يرى أنه يرجع إلى بيان البائع لأيهما باع - فهو ارتكاب مذهب لا يقتضيه المذهب.

ولو كانت الدار في يد أحد المشتريين، فقد قدمت ما قيل فيها، وكذلك إذا كانت في يديهما.

فروع:

لو شهدت إحدى البينتين في حال عدم التأريخ بأن الدار [ملك البائع][2] وقت البيع، أو كونها [ملكًا][3] للمشتري اليوم- كانت مقدمة.

(١) في ص: كل واحد متقدمًا.
(٢) في ص: ملكًا للبائع.
(٣) سقط في أ.

قال الشيخ أبو عاصم: وكذا إذا كان في إحدى البينتين [أنها][١] في يد المشتري.

قال في «الإشراف»: ولم يرد به مجرد اليد، بل أراد به اليد مع امتداد المدة على التصرف، ومع عدم المنازع.

وكذا لو كان في إحدى البينتين ذكر نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة على الأخرى.

قال الشيخ أبو عاصم: سواء كانت سابقة أو مسبوقة؛ لأن التي تتعرض لنقد الثمن توجب التسليم، والأخرى لا توجبه؛ لبقاء حق حبس البائع؛ فلا تكفي المطالبة بالتسليم.

قال القاضي أبو سعد: وهذا غريب، لم أصادفه في كتب أصحابنا.

وفي «الحاوي» عند الكلام في الفرع الذي سنذكره بعده: أنه إذا شهدت بينة أحدهما بأنه ابتاعه منه، وقبضه، وشهدت بينة الأخرى: أنه ابتاعه منه، ولم يقولوا: إنه قبضه - فهل تترجح بينة من شهد له بالقبض؟ [فيه وجهان، والذي نص عليه الشافعي: الترجيح بالقبض؛ لأن البيع بالقبض][٢] منبرم، وقبل القبض متردد بين سلامة المبيع فينبرم، أو تلفه فيبطل.

فرع: إذا كان في يد شخص عبد، وادعى عليه آخر: أنه باعه منه بكذا، أو أقام عليه بينة، وادعى العبد أنه أعتقه، وأقام عليه بينة - فإن [كان][٣] تأريخ البينتين [مختلفًا][٤]، قضى بأسبقهما.

وفي «الإشراف»: أن هذا إذا لم يكن في البينتين إثبات الملك في يوم التصرف، فإن كان والإعتاق سابق تعارضت البينتان، قال: ويمكن أن يخرج قول أن السابق أولى مما سنذكره.

ولو كان البيع سابقًا، ففيه قولان:

أحدهما: السابق أولى.

والثاني: أن البينة الأخيرة[٥] أولى؛ إذ فيه تصديق البينتين؛ فإنه يحتمل أنه باعه منه، ثم اشتراه، ثم أعتقه.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الأخرى.

وإن كان تأريخ البينتين واحدًا، أو كان مطلقًا، أو كان أحدهما مطلقًا، والآخر مقيدًا- فإن كان في يد المشتري فهل تترجح بينته بيده؟ فيه وجهان في «الحاوي»، وعليهما بنى الوجهين في الفرع قبله؛ كما ذكرنا، والذي جزم به القاضي أبو الطيب: الترجيح.

ولو كان العبد في يد البائع، فهل تترجح بينة أحدهما بتصديقه؟ فيه الخلاف السابق:

فإن رجحنا به: فإن صدق مدعي الشراء، لم يرجع عليه العبد بشيء، وإن صدق العبد، حكم بعتقه، وسقطت بينة بيعه، وهل لمشتريه أن يرجع [عليه][1] بالثمن ببينة؟ فيه قولان في «الحاوي»؛ بناء على أن الرد في البعض هل يوجب الرد في الكل؟

وإن قلنا: لا تأثير لتصديقه، فعن المزني تخريج قول للشافعي: أن تقديم بينة العبد أولى؛ لأن العبد في يد نفسه، وبينة صاحب اليد مقدمة.

وضعفه الأصحاب، وامتنعوا من إثباته قولًا، وقالوا: إنما يكون في يد نفسه أن لو كان حرًّا؛ على أن الحر هل يثبت له يد على نفسه؟ الذي حكاه الأكثرون -كما هو في «الحاوي» - [لا][2]؛ خلافًا لأبي إسحاق المروزي.

ثم على الصحيح في عدم ترجيح بينة العبد، ينظر: إن كان التاريخ واحدًا تعارضت البينتان، وإن كانت البينتان مطلقتين، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤقتة - ففي التعارض الطريقان:

منهم من قال: لا تعارض؛ لأن التكاذب لا يتحقق وجوده.

ومنهم من قطع بالتعارض؛ وعلى هذا ففي المسألة قولان:

فإن قلنا بالتهاتر، فالحكم كما لو لم تقم بينة؛ كذا قاله الرافعي، وقال: إن الحكم فيما إذا لم تقم بينة: أن للعبد[3] ومدعي الشراء تحليف[4] من هو في يده، ويحلف لكل منهما يمينًا، فإن أقر بالعتق[5] يثبت، ولم يكن للمشتري تحليفه إن قلنا: إن

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: العبد.
(٤) في أ: يحلف.
(٥) في ص: العتق.

إتلاف البائع كالآفة السماوية. نعم، لو ادعى تسليم الثمن، حلفه له. وإن أقر بالبيع قضى له، ولم يكن للعبد تحليفه.

وإن قلنا بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق.

وإن قلنا بالقرعة، قضى لمن خرجت له.

وعن ابن سريج: أنه قال: يقوى في هذه الصورة قول القرعة؛ لاشتمال الخصومة على دعوى العتق. وكذا قاله الماوردي.

فإن قرعت بينة الشراء، حكم له بابتياعه، وهل يحلف؟ فيه قولان.

وإن[1] قرعت بينة العبد حكم بعتقه، ولزمه رد الثمن على المشتري؛ لأن بينته لم تسقط، وإنما ترجح غيرها، فوقفت.

وإن قلنا بالقسمة عتق نصفه، وثبت نصفه لمدعي الشراء بنصف الثمن، وله الخيار:

فإن فسخ، فالمشهور - وهو الذي أورده الماوردي وأبو الطيب-: أنه يعتق النصف الآخر أيضًا، وفيه وجه: أنه لا يعتق، وإيراد البغوي يشعر بترجيحه.

وإن أجاز المشتري، وكان المدعى عليه معسرًا، لم يسر العتق، وإن كان موسرًا ففي السراية وجهان أو قولان:

أصحهما عند القاضي أبي الطيب: السريان.

وعند الغزالي مقابله.

وقال البندنيجي: إنه المذهب، وإن الأول ليس بشيء.

ونقل أبو الفياض وجهًا: أن قول القسمة لا يَجْري هاهنا؛ تحرزًا من تبعيض العتق. وقد حكاه الماوردي أيضًا.

قال: **وإن ادعى أحدهما: أنه اشتراها من زيد، وهي ملكه، وادعى الآخر: أنه اشتراها من عمرو، وهي ملكه**، أي: والعين في يد ثالث، **وأقام كل [واحد]**[2] **منهما بينة على ما يدعيه - تعارضت البينتان**؛ لأن كل واحدة شهدت بالملك لواحد، وبيعه من واحد، ولا يجوز أن تكون الدار كلها [ملكًا][3] لاثنين يبيعها كل واحد من واحد.

(١) في ص: وإذا.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

قال: وفيهما[(١)] **قولان** سبق توجيههما.

وفي «الإبانة» حكاية قول آخر: أن بينة السابق أولى.

وعلى الأول -وهو الذي أورده القاضي الحسين وغيره- إن قلنا بالتساقط، فكأن لا بينة، وسألنا من العين في يده: فإن اعترف بها لأحدهما، قضى له، وهل يحلف للآخر[(٢)]؟ فيه قولان.

وإن اعترف بها لهما، قضى بها لهما، وهل يحلف لكل منهما على نصف ما اعترف به؟ فيه قولان.

وإن قلنا بالاستعمال[(٣)] زال ملك من هي في يده عنها، ويجيء قول القرعة، والقسمة، وفي قول الوقف ما ذكرناه من اختلاف الطريقين.

فإن قلنا: يقرع، فهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه قولان.

وإن قلنا: يقسم، كان لكل منهما نصفها بنصف الثمن الذي ادعاه، ويرجع على بائعه بنصف الثمن.

وهذا إذا لم يكن قد اعترف بقبض المبيع، ولا قامت [عليه][(٤)] به بينة، ولكل منهما الخيار:

فإن اختار أحدهما الرد، والآخر الإمساك، رجع الراد بجميع الثمن[(٥)] على بائعه، ورجع من أمسك بنصف العين بنصف الثمن، ولا يكون له كل العين، سواء تقدم اختيار إمساكه على رد الراد أو تأخر.

قال البندنيجي: ولا فصل بين هذه المسألة والتي قبلها إذا كان البائع واحدًا والمشتري اثنين إلا في هذا الفصل فقط؛ لأنه يؤدي الأخذ لو قيل به إلى أن يأخذ من غير بائعه، وإلا فالفقه فيهما سواء حرفًا بحرف.

ولو كان قد أقر بقبض المبيع، أو[(٦)] قامت به بينة، لم يرجع بشيء من الثمن، ولا خيار له في فسخ العقد كما تقدم، وهذا ما أورده الجمهور.

وفي «الحاوي»: أن الثالث إذا ادعى العين ملكًا لنفسه، فدعواه مردودة بكل واحدة

---

(١) في التنبيه: وفيه.
(٢) في أ: الآخر.
(٣) في أ: تستعملان.
(٤) سقط في ص.
(٥) في أ: العين.
(٦) في أ: و.

من البينتين، لكن لا تنزع من يده قبل بت الحكم من المتنازعين، وقد تعارضت البينتان فيه ملكًا في حق البائعين، ومبيعًا في حق المشترين[(١)]، فإن قلنا بإسقاط البينتين، كان [كل][(٢)] واحد من البائعين خصمًا للآخر في ملكه، وكل [واحد][(٣)] من المشترين خصمًا لبائعه في ابتياعه؛ فيتحالف البيعان على ملكه: فإن حلفا حكم لهما، وإن نكلا جعل بينهما، وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، فهل ترد يمين النكول على مدعي ابتياعه؟ على قولين من اختلاف قوليه في غرماء المفلس: فإن قلنا: إنها ترد عليهم، ردت على المشتري منه، وإلا فلا.

ثم إن حكم بالعين للبائعين، صار كل واحد من المشتريين مدعيًا على بائعه بابتياعه جميع العين، ودفع ثمنه، فإن صدقه مبتاعه على دعواه، صح البيع في النصف الذي صار إليه، وبطل في نصفه الذي كان في ملك غيره، وثبت للمشتري الخيار، وإن أكذبه بائعه في ابتياعه، حلف له، ولا بيع بينهما، وهل يستحق عليه الرجوع بثمنه الذي شهدت به بينته؟ فيه قولان من اختلاف قوليه في أن الشهادة إذا ردت في بعض ما شهدت به، هل يوجب ردها في باقيه.

وإن حكم بالعين لأحد البائعين، كان الحكم بينه وبين المشتري منه في الكل كما ذكرناه في النصف، إلا أنه لا خيار له إذا صح البيع هاهنا، والمشتري[(٤)] الآخر هل يرجع بالثمن الذي بذله على بائعه بمقتضى بينته؟ فيه القولان.

وإن قلنا بالاستعمال بالقرعة، فأيّهما خرجت له القرعة، حكم له، وفي إحلافه قولان، وردت البينة المقروعة في ملك الآخر وبيعه، ولم ترد فيما شهدت به من دفع الثمن قولًا واحدًا؛ لأنه لم يكن ردها إسقاطًا، وإنما كان ترجيحًا.

وإن قلنا بالاستعمال بالقسمة، قسمنا العين بين المشتريين نصفين، ولكل واحد منهما الخيار في إمضاء البيع في نصفه بنصف الثمن، واسترجاع باقيه، أو فسخ البيع واسترجاع جميع ثمنه، والله أعلم.

أما إذا كانت العين في يد أحد البائعين، فقد قال الشيخ في «المهذب»، والقاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ: إن الحكم كما إذا كانت في يد ثالث؛ كما

---

(١) في أ: المشتري.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: والشراء.

ذكرناه؛ بناء على الصحيح في أنه لا ترجيح بقوله.

أما إذا قلنا بقول المزني وابن سريج: أن من صدقه البائع تترجح بينته، رجع إلى البائع الذي في يده العين.

وفي «الحاوي»: الجزم بهذا؛ لأنها بينة داخل تندفع بها بينة الخارج؛ وهذا بناه على أصله في أن البائع خصم في هذه الحالة؛ كما ذكرناه من قبل.

قال: فيؤخذ بتسليم العين إلى مشتريها منه، ويبطل بيع[1] الآخر، ويؤخذ بائعه برد الثمن، ولا يمين للبائع الآخر، ولا للمشتري على من ترجحت بينته من البائع والمشتري؛ لأن الحكم ثبت لهما بالبينة ترجيحًا باليد، ولا يمين مع البينة.

وقال فيما إذا كانت العين في يد البائعين: إنه لا تخاصم بين المشتريين فيه، وخصمه فيه هو بائعه؛ ليسلم إليه ما باعه عليه.

ثم إن تنازع البيعان، وادعى كل واحد: أنه مالك لجميع العين، وبينة كل واحد من المشتريين في البيع هي بينة لكل واحد من البائعين في الملك، ولكل واحد منهما بينة داخل في النصف الذي بيده، وبينة خارج في النصف الذي في يد صاحبه، وهل لواحد منهما أن يحلف صاحبه؟ فيه القولان، فإن قلنا بالتحليف، حلفه: إنه لا حق له فيما في يده، لا أنه مالك لما في يده؛ لأنه يحلف على الإنكار، لا على الإثبات، ويصير كل واحد مالكًا لنصفها، وبائعًا لجميعها؛ فيكون كل واحد من المشتريين بالخيار بين إمضاء البيع في نصفها والرجوع بنصف ثمنه، وبين فسخ البيع في جميعها والرجوع بجميع ثمنه.

وإن تصادق البائعان على أن كل واحد منهما مالك لنصف العين، فينقطع التحاكم بينهما بالتصادق.

وفي انقطاع خصومة المشتريين بانقطاعها بين البائعين وجهان، فإن قلنا بالانقطاع، كان الحكم كما تقدم؛ وإلا فلكل واحد من المشتريين المخاصمة مع من في يده العين؛ لأنه يدعي[2] ملك جميع العين، وقد صار إلى نصفها مع بقائه في حق غيره.

ولو كانت العين - والحالة لهذه- باقية بعد في يد البائعين وقت الخصومة بين

(١) في أ: مع.

(٢) في أ: مدعي.

المشتريين، كان لكل واحد [منهما](١) مطالبة بائعه بتسليم ما ابتاعه منه، وهو لا يقدر إلا على تسليم النصف الذي في يده، فإذا قبض كل واحد منهما نصفه، تحاكم فيه المشتريان، وكان حكمهما كما سنذكره.

ولو كان البائعان قد سلماها للمشتريين، كان كل واحد منهما خصمًا لصاحبه فيما في يده، ويتحالفان، ولا تستعمل بينتاهما لأنها لا تفيدهما أكثر من قسمته بينهما: فإن حلفا أو نكلا، كانت بينهما.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم بجميعها للحالف، ولم يلزمه لبائعه- إن لم يكن قد أقبضه الثمن- إلا نصف الثمن وإن صار مالكًا لجميعه؛ لأن البائع مقر أنه لا يملك إلا نصفه.

وإن كان قد أقبض جميع الثمن، فليس له المطالبة بشيء منه؛ لأنه مقر باستحقاقه عليه، وليس للمشتري الناكل رجوع بدركه على بائعه؛ لأنه مستحق من يده بنكوله، ولو حلف لكان مقرًّا في يده.

ولو كانت العين في يد أحد المشتريين -أي: في ابتداء الخصومة- ولا تصديق من البائعين، ترجحت بينته بيده وجهًا واحدًا، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره، وكذا الماوردي، وقال: إن هذا بخلاف ما لو كان في يده والبائع عليهما واحدٌ على أحد الوجهين.

وفي هذه الحالة يلزم من [العين](٢) في يده جميع الثمن، ويرجع الآخر على صاحبه بجميع الثمن، وليس له مخاصمة صاحبه في الشراء؛ لأنه قد استقر ابتياعه لجميع العين بحكم باتٍّ، وينقطع التنازع بين البائعين كانقطاعه بين المشتريين؛ لتفرد الحكم بالبينة واليد للبائع والمشتري منه، على البائع الآخر والمشتري منه.

ولو كانت في يد المشتريين، جعلت بينهما نصفين، ولكل واحد منهما إحلاف صاحبه قولًا واحدًا.

وفي كيفية يمينه قولان من اختلاف قوليه في تعارض البينتين:

فإن قيل باستعمالهما، كانت يمين كل واحد منهما على النفي دون الإثبات؛ لأنه قد ملك بالبينة؛ فلا يمين مع البينة.

---

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

وإن قيل: إن تعارضهما موجب لإسقاطهما، كانت يمين كل واحد منهما على الإثبات دون النفي؛ فيحلف بالله: لقد ملكتها بالابتياع من فلان؛ لأنه لم يملك بالبينة؛ فصار مالكًا باليمين.

فإن حلفا أو نكلا، كانت العين بينهما، ولا رجوع لواحد منهما بالدرك على بائعه.

وإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، حكم[١] بالجميع للحالف، ولزمه ثمن الجميع لبائعه، ولا يرجع الناكل على بائعه بشيء من الثمن.

فلو أحال المشتريان التحالف على البائعين؛ ليكونا خصمين فيه - ففيه قولان:

إن[٢] قلنا بإسقاط البينتين بالتعارض، تحالف البائعان، وكان كل واحد من المشتريين خصمًا لبائعه.

وإن قلنا باستعمالهما، لم يتحالف البائعان؛ لبت[٣] الحكم عليهما بالبينة، ولا رجوع لواحد منهما بالدرك على بائعه وإن تداعياه، ولهما الرجوع بدركه إن لم يتداعياه.

وإذا لم يرجعا بالدرك، فلا خيار لهما في فسخ البيع.

وإن جعلنا لهما الرجوع بالدرك، كان لهما الخيار في فسخ البيع.

قال: وإن كان في يد زيد دار، فادعى[٤] **كل واحد منهما: أنه باعها منه بألف، وأقام كل واحد منهما بينة على عقده: فإن كان تأريخهما واحدًا** - أي: مثل أن قالت[٥] كل واحدة[٦] من البينتين: إن العقد صدر مع الزوال يوم كذا -**تعارضت البينتان**؛ لاستحالة كون جميع الدار ملكًا لشخصين في آن واحد.

قال: وفيهما[٧] **قولان** سبق توجيههما:

فإن قلنا بالتساقط، رجع إلى من في يده العين، فإن ادعاها لنفسه، حلف كل واحد منهما، وقضى له، وإن أقر لأحدهما، لزمه الثمن له، ويحلف للآخر قولًا واحدًا؛ لأنه لو أقر لغرم له؛ فإنه يقر له بمال في ذمته. وإن أقر أنه ابتاعه من كل

---

(١) في ص: حلف.
(٢) في ص: وإن.
(٣) في أ: لأن.
(٤) في التنبيه: وادعى.
(٥) في أ: قال.
(٦) في أ: واحد.
(٧) في التنبيه: وفيه.

[واحد][١] [منهما][٢]، لزمه الثمنان. وإن أقر أنه ابتاعه منهما فقد أقر لكل واحد بنصف الثمن، وله أن يحلفه على الباقي[٣].

وإن قلنا بالاستعمال، جاء قول القرعة والقسمة، وفي مجيء قول الوقف الخلاف السابق بين الفريقين.

فإن قلنا بقول القرعة، فهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه القولان، والذي لم تخرج له، [له][٤] أن يحلف المشتري.

وإن قلنا بقول القسمة، لزمه نصف ثمن كل واحد، ولا خيار له؛ لأنه يحصل له تمام المبيع[٥]، ولا غرض له في عين البائع؛ وهذا ما حكاه الماوردي والبندنيجي وأبو الطيب.

وعن أبي الحسين بن القطان ثبوته؛ لأنه قد يرضى بمعاملة واحد، ولا يرضى بمعاملة اثنين.

فرع : لو شهد شاهدان: إنه اشترى [من][٦] فلان ساعة كذا، وشهد آخران: إنه كان في تلك الحالة ساكنًا - فهل تقبل هذه الشهادة الثانية ويحكم بالتعارض، أو لا تقبل؟ فيه خلاف:

والذي ذهب إليه الأكثرون -كما ذكره[٧] الإمام- أنها مردودة؛ لتعلقها بالنفي، ومبنى الشهادة على التعرض للإثبات.

ومقابله: موجه بأن هذا نفي يمكن تقدير العلم فيه.

وقد ادعى الرافعي في الفروع التي ذكرها في آخر كتاب الطلاق: أنه ظاهر المذهب؛ لأنه قال: لو رأى ذهبًا، وحلف بالطلاق: إنه الذهب الذي أخذه من فلان، فشهد شاهدان: إنه ليس ذلك الذهب، وإنه حانث - فظاهر المذهب: وقوع الطلاق وإن كانت هذه شهادة على النفي؛ لأنه نفي يحيط العلم به[٨].

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ: الثاني.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: البيع.
(٦) سقط في أ.
(٧) في ص: قاله.
(٨) قوله: فرع لو شهد شاهدان أنه اشترى من فلان ساعة كذا وشهد آخران أنه كان في تلك الحالة ساكتًا، فهل تقبل هذه الشهادة الثانية ونحكم بالتعارض أو لا تقبل؟ فيه خلاف، =

قال: وإن كان تأريخهما مختلفًا - أي: بأن شهدت بينة أحدهما بأن عقده جرى في رمضان، وبينة الآخر بأن عقده جرى في شوال- لزمه الثمنان؛ لأنه يمكن الجمع بينهما: بأن يكون قد اشترى من الأول في رمضان، ثم باعه من الثاني، ثم اشتراه منه في شوال؛ وهذا كما قلنا في المرأة إذا ادعت أنه تزوجها يوم الخميس بألف، وأقامت بينة، ثم ادعت أنه تزوجها يوم الجمعة بألف، وأقامت بينة؛ فإنا نوجب لها المهرين.

والفرق بين ذلك وبين ما [إذا][(١)] ادعى واحد أنه ابتاع هذه الدار من زيد في شعبان، وآخر أنه اشتراها من زيد في رمضان، حيث قدمنا السابق وإن كان مقتضى ما ذكرناه تقديم الأخير - أن ثم المدعى عين واحدة، فإذا باعها مالكها دفعة واحدة، كان البيع صحيحًا، وإذا باعها بيعة ثانية، كان البيع باطلًا؛ لأن ملكه قد زال عنها، وليس كذلك هنا، فإن المدعى ثمن في الذمة، والذمة تتسع لأثمان كثيرة؛ كذا قاله أبو الطيب، وغيره.

وفي «الشامل»: أن الإنسان لا يشتري ملك نفسه؛ فاحتجنا عند شرائه ثانيًا إلى تقدير الانتقال عنه قبل ذلك لمن اشترى منه ثانيًا، بخلاف البيع؛ فإن الإنسان قد يبيع ملك غيره؛ ولم يكن التقدير محتاجًا إليه؛ فلا جرم حكمنا بالملك في تلك المسألة للأول، وهنا ألزمناه الثمنين.

= والذي ذهب إليه الأكثرون كما ذكره الإمام أنها مردودة لتعلقها بالنفي، ومبنى الشهادة على التعرض للإثبات، ومقابله يوجه بأن هذا نفي يمكن تقدير العلم فيه، وقد ادعى الرافعي في الفروع التي ذكرها في آخر كتاب الطلاق أنه ظاهر المذهب؛ لأنه قال: لو رأى ذهبًا وحلف بالطلاق أنه الذهب الذي أخذه من فلان، فشهد شاهدان أنه ليس ذلك الذهب وأنه حانث، فظاهر المذهب وقوع الطلاق وإن كانت هذه شهادة على النفي؛ لأنه نفي يحيط العلم به. انتهى كلامه.

وما نسبه إلى الرافعي من كونه قد قال إن ظاهر المذهب هو القبول سهو، بل الذي ادعاه إنما هو الروياني، وسبب الاشتباه أن الرافعي نقل عنه مسائل كثيرة وعطف بعضها على بعض، وكثرت تلك المسائل بحيث يظن الواقف أن ذلك من كلام الرافعي على العادة لبعد آخرها عن المنقول عنه.

واعلم أن الرافعي قد ذكر مسألة السكوت في كتاب «القسامة»، وجزم بعدم القبول على وفق ما نقله الإمام عن الأكثرين. [أ و].

(١) سقط في ص.

قال: وإن كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة -فقد قيل: يلزمه الثمنان؛ لاحتمال أن تكونا في وقتين؛ وهذا ما حكاه الماوردي والإمام [عن الأكثرين][(١)]، وهو الأصح عند القاضي الحسين وابن الصباغ والإمام والغزالي والنواوي.

وقيل: يلزمه ثمن واحد[(٢)]؛ لأنه المتيقن وجوبه، ويسقط الآخر؛ لأنا نشك في وجوبه؛ وهذا نقل الشيخ أبي حامد.

وقال في «المهذب» وغيره: يدل هذا الطريق الثاني: أنهما يتعارضان كالمؤرختين بتاريخ واحد؛ لأنه يحتمل ويحتمل، والأصل براءة الذمة.

وأيضًا: فإن المدعيين متفقان على أنه لم يجز إلا بيعة واحدة منهما، وهذا الطريق يحكى عن القاضي أبي حامد وأبي الحسين وغيرهما.

وعلى هذا يكون فيهما قولان:

أحدهما: تسقطان، ويكون الحكم كما تقدم.

والثاني: تستعملان بالقرعة، أو القسمة. وفي الوقف الخلاف.

فإن قلنا بالقسمة، لزمه نصف كل واحد من الثمنين، وهو المَعْنِيّ بقول الشيخ: وقيل: يلزمه ثمن واحد.

وحكى الإمام على قول الاستعمال وجهًا آخر أبداه تخريجًا: أنا نثبت الثمنين، ولا نخرج الأقوال الثلاثة فيه.

قال: وحينئذ فينتظم على هذا القول طريقان:

أحدهما: ثبوت الثمنين.

والثاني: إجراء الأقوال الثلاثة.

وفي «الرافعي»: أن بعض أصحابنا قال: إن شهدت البينتان بالإقباض مع البيع وجب الثمنان لا محالة.

أما إذا أقام كل واحد منهما بينة على إقرار المدعى [عليه][(٣)] بما [ادعاه][(٤)]، قال الرافعي: فالأظهر: أن الحكم كما لو قامتا على البيعين أنفسهما[(٥)]، فينظر: إن قامتا

---

(١) في أ: الأكثرون.
(٢) في التنبيه: واحدة.
(٣) سقط في ص.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: معهما.

على الإقرار مطلقًا، أو شهد اثنان على الإقرار بالشراء من زيد في وقت الزوال، واثنان على الإقرار بالشراء من عمرو في ذلك [الوقت](١)، فيجيء ما ذكرناه.

وقيل: يجب الثمنان وإن كانت الشهادة على الإقرار(٢) مطلقًا، بخلاف الشهادة على البيعين مطلقًا؛ لأن الشهادة على الإقرار قد يثبت بها ما لم يثبت بالشهادة على نفس المقر به؛ ألا ترى أنه [لو](٣) قامت بينة على إقراره بالغصب من زيد، وأخرى على إقراره بالغصب من عمرو، لزمه قيمتان، ولو قامتا على نفس الغصب من زيد، والغصب من عمرو، تعارضتا، وإذا استعملناهما، لم يجب إلا قيمة واحدة.

وهذا الطريق لم يحك البندنيجي وأبو الطيب وابن الصباغ سواه، ونقله المزني عن الشافعي، واستشهد به على لزوم الثمنين في المسألة السابقة عند إطلاق البينتين، والأصحاب فرقوا بما ذكرناه.

تنبيه: ظاهر كلام الشيخ يقتضي أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يقول كل واحد منهما: إن بيع الدار صدر منه وهو مالك، أو لا، [و](٤) يدل عليه أنه قال: «وأقام كل واحد منهما بينة على عقده»، وهو ما حكاه أبو الفياض في «تتمة الجامع الصغير»، لكن لفظ الشافعي في «المختصر» - وعليه أكثر الأصحاب - تصوير المسألة بما إذا قال كل واحد منهما: إنها ملكه حالة البيع.

قال: **وإن ادعى رجل ملك عبد، وأقام عليه بينة، وادعى الآخر**، أي: المنازع له، **أنه باعه منه، أو وقفه**، أي: عليه، **أو أعتقه، وأقام عليه بينة** - [قضى](٥) **بالبيع، والوقف، والعتق**؛ لأن البينة الشاهدة بذلك معها زيادة علم؛ لأنها شهدت بأمر حادث من المشهود له بالملك أولًا؛ فقدمت على بينة الملك(٦).

ولو أقام العبد بينة أنه حر، قال في «الإشراف»: قال أصحابنا: بينة الحرية(٧) أولى.

وقال أبو حامد الإسفراييني: بينة الرق أولى؛ لأنها ناقلة من الأصل، فقد أفادت زيادة علم(٨).

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الإقرارين.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص: المالك.
(٧) في ص: الحر.
(٨) في ص: والله أعلم.

والمنازع في العتق تارة يكون العبد، وتارة [يكون][(١)] من ذكرناه[(٢)] في أول هذا الباب.

قال: وإن قال لعبده: إن قُتِلْتُ فأنت حر، فأقام العبد بينة: [أنه قتل][(٣)]، وأقام الورثة بينة أنه مات - ففيه قولان:

أحدهما: تتعارضان، ويرق العبد - أي: بعد حلف الورثة- لأن كل واحدة تنفي ما تثبته الأخرى؛ فبينة[(٤)] القتل تثبته[(٥)] وتنفي الموت، وبينة الموت تثبته[(٦)] وتنفي القتل، فسقطتا، وكأن لا بينة؛ فيحلف الوارث على نفي العتق.

والثاني: تقدم بينة القتل؛ لأنها عرفت زيادة لا تعرفها الأخرى، وهي الموت قتلًا. وأيضًا: [فإن][(٧)] كل قتيل[(٨)] ميت، وليس كل ميت قتيلًا؛ فعلى هذا يعتق العبد.

وهذا هو الظاهر من القياس على ما ذكره أبو الحسن العبادي، ونقل طريقة قاطعة به، وقد صححه النواوي، واختاره في «المرشد».

وما ذكره الشيخ هو ما حكاه الأصحاب عن الشافعي في آخر كتاب الشهادات من «الأم»؛ لأنه ذكر هذه المسألة والتي تليها ثم.

قال ابن الصباغ: وينبغي أن يكون هذا الخلاف على قوله الجديد: إن البينتين إذا تعارضتا سقطتا، ويجيء على القول القديم الأقوال في الاستعمال.

وقد أورده الرافعي في المسألة فقهًا من غير أن يذكره احتمالًا لأحد، وهو المذكور في «تعليق» القاضي الحسين، و«النهاية»، و«التهذيب».

وقال الرافعي: إنا إذا قلنا بالقسمة عتق نصفه، وإن قلنا بالقرعة عتق إن خرجت له القرعة، ورق إن خرجت للوارث.

والوقف لا يجيء، وقال الإمام: إن قول الوقف لا يخرج هاهنا؛ فإنه لا منتهى له، وهو يرجع في التحقيق إلى ضبط العبد وتعطيل[(٩)] منفعته.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ص: ذكرنا.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بينة.
(٥) في أ: مثبتة.
(٦) في أ: مثبتة.
(٧) سقط في أ.
(٨) في أ: فكل.
(٩) في أ: ويعطل.

ولا شك أنه لا يثبت القصاص بقتل السيد إذا ثبتت البينة من قبله؛ لأن الوارث منكر للقتل. نعم، لو ادعى الوارث القتل، وأقام المدعي بينة أنه مات حتف أنفه - جرى القولان.

قال: وإن قال: [إن][١] **مت في رمضان فعبدي حر، وإن مت في شوال فجاريتي حرة، ومات، فأقام العبد بينة [أنه مات][٢] في رمضان، والجارية بينة بالموت في شوال- ففيه قولان:**

أحدهما: تتعارضان، ويرقان؛ لتنافيهما.

وفي «النهاية»: أنا إذا قلنا بالتساقط فقد عتق أحدهما، وأشكل الأمر، ولو اتفق مثل هذا لم يخف حكمه في أن الرجوع إلى الورثة، وكيف السبيل؟ وهو بمثابة ما لو قال: إن كان هذا الطائر غرابًا فغانم حر، وإن لم يكن غرابًا فسالم حر، ومر الطائر، وأشكل الأمر.

والثاني: تقدم[٣] **[بينة][٤] رمضان**؛ لجواز علمها بذلك وخفاء الأمر على بينة شوال؛ وهذا ما صححه النواوي، واختاره في «المرشد».

وعن ابن سريج والمزني -كما قال الرافعي - أن بينة شوال أولى؛ لأن معها زيادة علم، وهو استمرار الحياة إلى شوال، وربما أغمي عليه في رمضان؛ فظنت البينة الشاهدة بالموت فيه الموت.

قال الرافعي: ولمن شرطه أن يطرده في نظائر المسألة من قبل ومن بعد.

وفي «التهذيب» أن ما ذكره الشيخ مفرع على القول الصحيح، وهو التساقط، أما إذا قلنا: تستعملان، فتجيء الأقوال الثلاثة.

قال الرافعي: وعلى قول القسمة يعتق من كل واحد منهما نصفه.

فرع: لو حكم الحاكم بشهادة شاهدي الموت في رمضان، ثم شهد على أنه مات في شوال شاهدان - فهل ينقض الحكم على القول الأول، وينزل ذلك منزلة ما لو شهدت البينتان معًا أم لا؟

عن ابن سريج تخريج قولين فيه؛ كما لو بان فسق الشهود بعد الحكم؛

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: بالموت.
(٣) في التنبيه: يقدم.
(٤) سقط في ص.

قاله الرافعي والروياني وغيرهما.

وقد يُطلب الفرق على مذهب ابن سريج بين هذا وبين ما إذا حضرت بينة صاحب اليد بعد الحكم للخارج بالبينة؛ فإنه قال ثم[١]: ينقض الحكم جزمًا.

قال: وإن قال لأحدهما: إن مت [بمرضي هذا][٢] **فأنت حر، وقال للآخر: إن برئت من مرضي هذا فأنت حر، ومات، وأقام كل واحد منهما بينة على ما يوجب عتقه - تعارضت البينتان**- أي: قولًا واحد- لأن كل واحدة منهما تكذب الأخرى.

وفي «الرافعي» و«التهذيب» وراء ذلك وجهان:

أحدهما: أن بينة الموت من ذلك المرض أولى؛ لزيادة علمها بالموت، وقد حكاه الماوردي قولًا آخر.

والثاني: أن بينة البرء أولى؛ لعلمها بالبرء، ويحكى هذا عن ابن القطان.

والصحيح [ما أورده الشيخ][٣]، وهو المحكي في «الشامل» و«تعليق» البندنيجي عن نص الشافعي، والقاضي الحسين لم يورد سواه.

وعلى هذا قال الشيخ: **وسقطتا، ورق العبدان**[٤]: أي: إذا قلنا بالتساقط؛ كما هو الجديد، ولكل منهما تحليف الورثة.

وفي «الحاوي»: أنا إذا قلنا بالتساقط فقد انعتق أحدهما، ولم يتعين العتق فيه؛ فيرجع إلى بيان الورثة في ذلك.

فإن بينوا عتق أحدهما، عمل في ذلك على بيانهم، وحكم برق الآخر، وله إحلافهم.

وإن عدم بيان الورثة، أقرع بينهما، وعتق القارع، ورق المقروع.

أما إذا قلنا بالقديم - وهو قول الاستعمال - [فتجيء الأقوال][٥]؛ صرح به الرافعي.

وحكى عن رواية ابن كج عن بعض [الأصحاب][٦]: أنه إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية، ويجيء ما جزم به الشيخ من [طريقة][٧] التساقط - أيضًا -

---

(١) في أ: لم.
(٢) في التنبيه: من مرض.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: العبد.
(٥) في أ: فيجيء القولان.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في ص.

على الطريقة التي حكاها الإمام وغيره: أن محل الاستعمال إذا لم تتكاذب البينتان صريحًا، أما إذا تكاذبتا فلا؛ لأن هنا التكاذب صريح، والله أعلم.

قال: وإن شهد شاهدان: إنه أعتق سالمًا - أي: في مرض موته - وهو ثلث ماله، وشهد آخران: إنه أعتق غانمًا، وهو ثلث ماله، ولم يعلم الأول منهما - أي: وقد تحقق أن أحدهما بعد الآخر- ففيه قولان:

أحدهما:[(١)] **يعتق من كل واحد منهما نصفه**؛ لتساويهما، وتعذر القرعة؛ إذ ربما خرج سهم الرق [على الحر][(٢)] فيصير رقيقًا، وعلى العكس، فإذا أعتقنا من كل واحد نصفه، عتق نصف المقدم، وعتقه مستحق، ورق نصف المتأخر، ورقه مستحق.

وأيضًا: فإنه لو شهد شاهدان: إنه أوصى لهذا بثلثه، وشهد آخران: إنه أوصى لآخر بثلثه - قسم بينهما؛ فكذلك هاهنا؛ وهذا ما نص عليه في «المختصر» في باب الشهادة في الوصية، و[(٣)] هو الذي رجحه الروياني وغيره، وقال البندنيجي: إن أبا إسحاق وابن سريج قطعا به.

والثاني: يقرع بينهما؛ لامتناع الجمع بينهما، وعدم المزية في أحدهما؛ فكان إكمال الحرية في أحدهما أولى من تبعيضها فيهما؛ وهذا ما نص عليه في «الأم»، واختاره المزني وآخرون، ومنهم من قطع به، وحمل قول الشافعي في «المختصر» على ما إذا شهدت البينتان بالوصية بالعتق لا بتنجزه.

ومنهم من أجرى القولين في التنجيز والوصية؛ كذا قاله القاضي الحسين وغيره، والقولان في مسألة الكتاب -كما قال جماعة من الأئمة- كالقولين في الجمعتين والنكاحين في مثل هذه الحالة، فإن قلنا ببطلان النكاحين والجمعتين، أقرعنا هاهنا كما لو وقعتا معًا.

وإن توقفنا[(٤)] في النكاحين، وأمرنا الجميع بالظهر - أعتقنا من كل واحد منهما نصفه.

وقد فرع الماوردي وغيره على القولين في الكتاب إذا كانت قيمة أحدهما ثلث

---

(١) زاد في التنبيه: أنه.
(٢) سقط في أ.
(٣) زاد في أ: هذا.
(٤) في أ: توقعنا.

المال، وقيمة الآخر سدسه، فقال: إن قلنا بالقرعة، فإن خرجت للذي قيمته الثلث، عتق جميعه، وإلا عتق جميع الآخر، ونصف هذا. وإن قلنا بالقسمة يعتق من النفيس ثلثاه، ومن الخسيس ثلثاه؛ كما لو أوصى لزيد بجميع ماله، ولعمرو بثلث ماله، وأجاز الورثة -فإنه يقسم المال بينهما أرباعًا؛ فإن الموصى له بالكل يضارب بثلاثة أمثال ما يضارب به الآخر. وهذا ما أورده الأكثرون، وتكون المسألة على هذا تصح من ثمانية عشر سهمًا.

وفي «الوسيط» وجه آخر: أنه يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه، ومن الخسيس نصفه؛ لأن النفيس يقول: إذا أعتقت أولًا فجميعي [حر][1]، وإن تأخرت فنصفي حر؛ فنصفي مسلم لا خلاف فيه، إنما النزاع في نصفي الآخر، وقد قدر سدس بيني وبينك؛ فيقسم علينا.

قال: وهذا ينبغي أن يطرد في مسألة الوصية، فيقول الموصى له بالكل: أما الثلثان فهما مسلمان إلي، وإنما التزاحم في الثلث؛ فيقسم علينا؛ فيحصل له بالكل على خمسة أسداس، والآخر على سدس، وقد قطع الإمام بهذا التخريج، وقال: إنه لا فرق بين الصورتين.

أما إذا علم السابق منهما، فهو المعتق.

ولو وقع العتقان معًا، أقرع بينهما جزمًا؛ للخبر.

قال القاضي الحسين: وهل يحلف من خرجت له القرعة؟ فيه وجهان.

ولو أمكن سبق أحدهما، ووقوعهما معًا، قال القاضي الحسين، وتبعه الإمام، والبغوي: فكذلك يقرع.

وقال الإمام وغيره: احتمال الترتيب أغلب، وأقرب من احتمال المعية، والسابق منهما غير معلوم، وإذا كان كذلك، وتعارضت البينتان، وأطلقتا - علمنا أن أحد العقدين سابق، ولم نعرفه بعينه؛ فيجيء القولان.

قال القاضي الحسين: ولا خلاف أنا إذا علمنا عين السابق، ولكن نسيناه: أنه يعتق من كل واحد منهما نصفه. وهذا قياس قول من قال: إذا علم السابق من النكاحين والجمعتين، ونسي: أنه يوقف، وهو الظاهر.

---

(١) سقط في أ.

وقد حكى البغوي والرافعي في المسألتين طريقين:

أحدهما: هذا، وهو الذي أورده أبو الفرج السرخسي وغيره.

والثاني: طرد القولين.

قال: وإن ادعى عينًا في يد زيد، وأقام بينة بملك متقدم، فإن شهدت البينة: **إنها**[(١)] **ملكه أمس، لم يحكم له**[(٢)]؛ لأنه يدعي ملك العين في الحال، والبينة لا تشهد له بذلك، وإنما تشهد له [بأنها له][(٣)] بالأمس؛ فصار كما لو ادعى شيئًا، وشهدت له البينة بغيره.

ولأن ثبوت الملك سابقًا إن اقتضى بقاءه، فيد[(٤)] المدعى عليه وتصرفه يدل على الانتقال إليه بحق؛ فلا يحصل ظن الملك في الحال.

قال: حتى تشهد البينة: إنه أخذها منه زيد - أي: بما لا يوجب زوال الملك- إما بمباح: [كإجارة][(٥)] أو عارية، أو بمحظور: من غصب وتغلب؛ لأنه قد بان بالبينة أن اليد الطارئة غير موجبة للملك؛ فثبت بها حكم الملك المتقدم.

وهذا ما نقله المزني، والربيع؛ ولأجل ذلك قال القاضي الحسين والإمام: إنه الجديد، وهو المذهب.

وقيل: فيه قولان:

أصحهما: أنه لا يحكم له؛ لما ذكرناه.

ولأن دعوى الملك السابق لا تسمع [مجردة عن الملك في الحال][(٦)]؛ فكذلك البينة [عليه][(٧)].

والثاني: يحكم [له][(٨)]؛ لأنه قد ثبت بالبينة أن العين كانت له بالأمس، والظاهر بقاء الملك؛ وهذا القول رواه «البويطي»، وقال القاضي الحسين والإمام: إنه القديم.

والطريقان جاريان - كما حكاه المصنف والبندنيجي وابن الصباغ والقاضي الحسين والإمام - فيما إذا شهدت البينة بأن العين كانت في يده بالأمس، وأكثرهم

---

(١) في التنبيه: أنه.
(٢) في التنبيه: به.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: بيد.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في التنبيه، أ.

حكوا النصين فيها، وقالوا: لا فرق بين أن تشهد له باليد أمس، أو تشهد له بالملك أمس، ووراء ذلك أمران:

أحدهما : حكى الماوردي الطريقين في الشهادة باليد السابقة، واقتضى إيراده أن البينة إذا شهدت بالملك القديم، سمعت جزمًا؛ فإنه قال في توجيه الحكم بالشهادة باليد السابقة: إن اليد دالة على الملك؛ فجرت مجراه، وقد ثبت أن المدعي لو أقام بينة على أن الدار كانت له بالأمس، حكم له بها؛ كذلك إذا أقام بينة أنها كانت في يده بالأمس.

وأشار عند الكلام فيما إذا شهدت البينة: إن هذه الجارية بنت أمته، إلى خلاف في الصورتين، لكن بالترتيب؛ فإنه قال: مذهب الشافعي المشهور: أنه لا يحكم له باليد إذا شهدوا له بيد متقدمة وإن حكم له بالملك إذا شهدوا له بالملك المتقدم على أحد القولين، وأن «البويطي» وابن سريج كانا يجمعان بين الشهادة بقديم الملك، وقديم اليد في الحكم بها على أحد القولين، وقد ذكرنا من فروق أصحابنا بين قديم الملك وقديم اليد ما يمنع الجمع بينهما، وكأنه يشير إلى أن اليد السابقة لا تدل على الملك إلا ظاهرًا، ويجوز أن تكون على غير ملك؛ كما علل به الأصحاب ما حكي عن الشافعي في «الأم» حيث قال: إذا شهد شاهدان: [إن][1] هذه الدار لفلان منذ سنة، وشهد آخران: إنها في يد آخر منذ سنة -أن بينة الملك أولى من بينة اليد؛ لأن اليد تكون على ملك، وغير ملك، بخلاف الملك.

الأمر الثاني : ادعى الغزالي في «الوسيط»، و«الوجيز»: أنه لا خلاف في أن البينة لو شهدت بأنه كان [في][2] يد المدعي بالأمس- قبل، وجعل المدعي صاحب اليد. ولعل ذلك محمول على ما إذا شهدت البينة بذلك، وأن المدعى عليه أخذها من يده؛ كما نص على ذلك في «المختصر»، وصرح به الأصحاب.

ومن أجرى لفظه على ظاهره قال: إن الغلط وقع [في][3] ذلك من جهة أنه لما قدم أن البينة إذا أسندت الملك إلى محسوس بأن قالت: إنه كان في ملكه بالأمس، اشتراه من صاحب اليد: أنه يقبل - قال في الشهادة باليد أمس: إنها مقبولة كذلك.

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.

والمنقول ما ذكرناه، والله أعلم.

ثم طريقة القولين في الصورتين هي المشهورة، وهي في «الشامل»، و«تعليق» البندنيجي منسوبة إلى ابن سريج، وقالا: إنه قال: أصل القولين ما إذا تنازعا دارًا في يد غيرهما، وأقام أحدهما بينة: أنها ملكه منذ سنة إلى الآن، والآخر بينة: أنها ملكه في الحال - ما حكمهما؟

فإن قلنا: إنهما سواء، فهاهنا لا تسمع البينة بالملك المتقدم واليد السابقة.

وإن قلنا: بينة الملك القديم أولى، فهاهنا تسمع البينة بالملك المتقدم واليد السابقة.

وفي «الرافعي»: أن بعضهم عكس فبنى الخلاف في تلك المسألة على الخلاف في هذه المسألة، وهو كذلك في «تعليق» القاضي الحسين.

وسلك الإمام طريقًا آخر، فقال: إن قلنا في المسألة التي جعلها ابن سريج أصلًا لهذه المسألة بالتساوي، فهنا لا نحكم بالبينة بالملك السابق واليد السابقة، وإن قلنا ثم: تترجح بينة الملك المتقدم، فإذ ذاك يجري القولان هاهنا: الجديد، والقديم.

والقائلون بالطريق الأول -ومنهم أبو إسحاق المروزي- قالوا: ما قاله «البويطي» من كيسه، لا من قول الشافعي.

والصحيح -وإن ثبت الخلاف-: عدم السماع عند الاقتصار على الشهادة بالملك المتقدم أو اليد، كما ذكره الشيخ.

أما إذا شهدت بالملك المتقدم، وقالت: إنه ثابت في الحال، أو: لم يزل، أو: لا نعلم له مزيلًا - سمعت؛ كما قاله الإمام والقاضي الحسين والرافعي، وترتب الحكم عليها.

وفي الحالة الأخرى أمران:

أحدهما: نقل ابن[1] المنذر عن الشافعي: أنه يحلف المدعي مع البينة.

قال القاضي أبو سعد: وهو غريب، ووجهه: بأن البينة قامت على خلاف الظاهر، ولم تتعرض لإسقاط ما مع المدعى عليه من الظاهر؛ فأضيف إليها اليمين.

الثاني: قال ابن أبي الدم: إن في السماع وترتب الحكم نظرًا؛ لأنها[2] إذا شهدت:

---

(١) في أ: أبو. (٢) في أ: لأنه.

إنه كان ملكه أمس، ولم نقبلها مجردة، فقولها: ولم يزل إلى الآن، نفي محض؛ فلا يقبل.

ثم حكي بعد ذلك أن الشاهد إذا قال: أشهد: إنه كان ملكه بالأمس، ولا أعلم مزيلًا - قال بعض الأصحاب: يكفي هذا.

وأكثرهم قالوا: لا يكفي، بل لا بد من الجزم بالشهادة بالملك في الحال، ويجوز للشاهد أن يشهد بالملك في الحال؛ استصحابًا لحكم ما عرفه من قبل: كشراء، أو إرث، وغيرهما، وإن كان يجوز زواله.

قال الإمام: ولم أر الأصحاب يشترطون في ذلك خبرة باطنة، معربة[1] باستمرار الزمان يطلع بها الشاهد على ظهور دوام الملك.

نعم، لو صرح في شهادته: أنه اعتمد الاستصحاب، فوجهان:

المحكي منهما في «الوسيط»، و«النهاية» عن الأصحاب: عدم القبول؛ كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي وحركة الحلقوم، وقد اختار هذا الشيخ أبو محمد وصاحب «التقريب».

وعن القاضي الحسين: القبول؛ لأنا نعلم أنه لا مستند له سواه، بخلاف الرضاع؛ فإنه يدرك بقرائن لا تدخل في العبادة.

ولو قال: لا أدري أزال ملكه أم لا؟ لم يقبل؛ صرح به القاضي الحسين.

فروع:

لو أقام الداخل بينة بأن العين ملكه بعد أن شهدت بينة الخارج بأنها ملكه غصبها منه الداخل، كانت بينة الخارج أولى؛ كما حكاه [الشيخ][2] أبو علي عن ابن سريج.

وقال القاضي الحسين: فيه إشكال.

وعند الأصحاب بينة ذي اليد أولى، وهو المحكي عن الشيخ أبي علي.

والصحيح في «التهذيب»، والذي عليه كل العراقيين أو غالبهم: [الأول][3].

قال ابن أبي الدم: ولم يحك أحد منهم فيما أعلمه فيه خلافًا.

---

(١) في أ: مقربة.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.

ولو شهدت البينة: إنه أقر أمس للمدعي بالملك، قبلت الشهادة، واستديم حكم الإقرار وإن [لم][(١)] يصرح الشاهد بالملك في الحال.

وحكى الإمام في «النهاية» عن صاحب «التقريب» في المسألة طريقين:

أحدهما: هذا.

والثاني: إلحاق ذلك بالشهادة على الملك المتقدم؛ فيجيء القولان.

قال الإمام: هذا وإن كان منقاسًا، فالذي أعتقده فيه أنه خرق لما اتفق عليه الأولون، والقول به مسبوق بالإجماع، وإن اختار القاضي هذه الطريقة فهو بمثابة التمسك بقياس جرى في مصادمة قاعدة كلية.

ولأجل ذلك جزم الغزالي [في «الوجيز»][(٢)] بالطريق الأول، ووجهه بأنه لولا المؤاخذة به، لبطلت فائدة الأقارير.

ولو قال المدعى عليه: هو ملكي، وكان ملكك أمس - ففيه وجهان:

أظهرهما في «تعليق» القاضي الحسين: أنه ينزع من يده، ويسلم للمدعي بإقراره [له][(٣)].

والثاني: لا ينزع من يده؛ لثبوت يده عليه، واليد دلالة على الملك.

قال القاضي: وفيه ضعف؛ لأنه لو قال: العين ملكك بالأمس، واليوم ملكي، فلا خلاف أنها تنزع من يده؛ فكذلك إذا تأخر الإقرار بالملك للمدعي.

وكلام الغزالي مصرح بإجراء الخلاف في هذه الصورة أيضًا.

والقائلون بالمؤاخذة فرقوا بين الشهادة والإقرار: بأن المقر لا يقر إلا عن تحقيق، والشاهد قد يتساهل ويبني الأمر على التخمين؛ فإذا لم ينضم إليه الجزم في الحال ضعف.

والذي جزم به ابن الصباغ، وحكاه الماوردي والبندنيجي وأبو الطيب عن ابن سريج فيما إذا أقر له بالملك أمس- المؤاخذة، وحكاية الوجهين فيما إذا أقر بأن العين كانت في يده أمس، وقلنا: لا تسمع الشهادة باليد المتقدمة؛ وعلى هذه الطريقة يطلب الفرق من وجهين:

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ج.

أحدهما: بين قيام البينة باليد السابقة، والإقرار باليد السابقة، وقد حكى البندنيجي عن ابن سريج: أنه فرق بأن يد المدعى عليه قائمة على الملك في الحال، والظاهر: أنها لم تزل كذلك، والبينة أثبتت للمدعي يدًا أمس؛ فتعارض ما سلف وسقط، وبقيت للمدعى عليه يد مشاهدة في الحال، وليس كذلك إذا أقر له باليد أمس؛ [لأن إقراره يمنع أن تكون يده اليوم تدل على إزالة اليد أمس][1] فيثبت للمقر له يد أمس؛ فلا تزال حتى يعلم سبب زوالها.

وقال ابن الصباغ: يمكن أن يفرق بأن البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه، والدعوى[2] يجب أن تكون متعلقة بالحال، والإقرار يصح فيما لا تصح دعواه، وهو المجهول؛ فصح -أيضًا- في الماضي.

والثاني: بين الإقرار بالملك السابق والإقرار باليد السابقة، وقد أشار إليه الأصحاب - [حكاية عن ابن سريج][3]- فقالوا: اليد قد تكون مستحقة، وقد لا تكون، فإذا كانت قائمة أخذنا بالظاهر فيها والاستصحاب، فإذا زالت ضعفت دلالتها؛ لأن الظاهر من يد الثاني الاستحقاق أيضًا؛ فبطل حكم اليد الأولى، بخلاف الشهادة بالملك السابق؛ فإن الملك إذا ثبت بالأمس، لم يخل عن الملك.

قال ابن الصباغ: وهذا الفرق يبطل بالتسوية بين اليد والملك في البينة.

ولو ادعى على الداخل شيئًا في يده، ولم يسبق من الداخل إقرار مطلق للخارج ولا بيع، فقال الداخل في الخصومة: كانت العين ملك هذا المدعي أمس - قال صاحب «التقريب»: هل يكون هذا كما[4] لو شهدت بينته أنها كانت في ملك المدعي أمس، أم يكون هذا الإقرار بمثابة إقرار مطلق تشهد به البينة على الداخل: إنه أقر بأنها كانت في ملك المدعي أمس؟ فيه وجهان.

قال الإمام: ولا نهاية للطف هذا التفصيل.

فائدة: إذا شهدت البينة بالملك فمن ضرورتها تقدم الملك على الوقت الذي وقعت فيه الشهادة؛ فإنها لا توجب ثبوت الملك، وإنما تظهره؛ فتعين ارتباط ذلك بمتقدم؛ حتى يتصور انتقال الملك فيه بسبب من الأسباب.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في ص: والذي.
(٣) في ص: حكاه ابن سريج.
(٤) في أ: حكما.

قال الإمام: وهذا التقديم[(١)] يقع الاكتفاء فيه بلحظة لا تقبل زمانًا يتميز في الحس؛ حتى لو ادعى شاة، وأقام على دعواه بينة، وكانت نتجت قبل الإقامة بساعة - فلا يقضي له بالنتاج.

نعم، لو أقام المدعي بينة بملك الشاة وكانت حاملًا، ولم تتعرض البينة لذكر الحمل - ثبت ملكه في الشاة وحملها؛ حتى لو انفصل بعد الشهادة، وقبل تزكية البينة- كان للمدعي.

وما ذكره الأصحاب في كون الحمل يكون للمدعي إذا شهدت البينة بملك الشاة، ولم تتعرض للحمل - قاسوه على ما لو اشتراها وهي حامل؛ فإن الملك يثبت في الحمل وإن لم يذكره حالة العقد.

قال الإمام: وقد يتطرق إليه احتمال على بعد؛ فإن الملك يفرض متبعضًا في البهيمة وحملها بالوصية.

قلت: وفي الهبة، والبيع القهري، والرد بالعيب؛ على أحد القولين، كما حكينا ذلك في باب ما يجوز بيعه، وأن الجديد في الهبة: أنه لا يتبع.

وإذا كان كذلك قال الإمام: فلا يبعد أن يدعي البهيمة ويستثني حملها في دعواه.

وأما استتباع البهيمة للحمل[(٢)] في البيع، فذاك لأمر[(٣)] متعلق بمقتضى العقد؛ لأنه لا يصح بيع البهيمة دون ولدها؛ على المذهب الظاهر، والاستثناء في الدعوى والإقرار جائز.

وقد حكى الرافعي هذا الاحتمال وجهًا، وأنه لا يحكم له بالحمل. وهذا الذي حكيناه هو المشهور في المذهب.

وفي الرافعي: أن القاضي أبا سعد الهروي ذكر أن الفقيه أبا نصر البلخي - من أصحاب الرأي - حكى عن أصحابنا: أن قيام البينة يقتضي سبق الملك؛ حتى يكون النتاج للمدعي.

قلت: و[على][(٤)] هذا ينطبق ما حكاه المحاملي في «المجموع» في باب الشرط الذي يفسد البيع، والبندنيجي قبيل باب القافة-: أن ابن سريج قال: إذا كان في يد

---

(١) في أ: التقدير.
(٢) في أ: الحمل.
(٣) في ص: الأمر.
(٤) سقط في أ.

الرجل جارية لها ولد، فادعاها رجل، وأقام بينة: أنها له - حكم له بها، وهل يحكم له بالولد؟ فيه وجهان:

أحدهما : نعم؛ لأن البينة لا تنقل الملك في الحال، وإنما يتبين بها حصول الملك فيما قبل؛ فيحكم بأن الولد حصل [في][(١)] ملك من قامت له البينة.

وأصحهما: لا؛ وعلى هذا إشكالان:

أحدهما : [ما][(٢)] أشار إليه الشيخ عز الدين بن عبد السلام؛ فإنه حكي عنه أنه قال: من شرط سماع الشهادة في حقوق الآدميين تقدم الدعوى الصحيحة عليها، وموافقة الشهادة لها.

وقضية ذلك: أن يحكم بالملك قبيل الدعوى؛ لأن من شرط صحة الدعوى تقدم الملك عليها؛ فإنها [لا][(٣)] تنشئ الملك، وإلا لكان الحكم مرتبًا على دعوى لم يحكم بصحتها، ولا وافقتها [البينة][(٤)]؛ فإن المدعي[(٥)] عند الزوال من يوم الجمعة تتضمن دعواه وجود الملك في تلك الحالة وقبيلها، فإذا أقام البينة عند الزوال من يوم السبت، ولم يحكم بالملك إلا قبيل الشهادة - كانت شاهدة بما لم تتضمنه الدعوى؛ فينبغي ألا تسمع؛ كما قاله الأصحاب في الشهادة [بالملك][(٦)] المتقدم.

وقد يجاب بأن ما ذكره الأصحاب سلكوا فيه طريق التحقيق؛ فإنه لا يتحقق تضمن شهادتهم نقل الملك في أكثر من الزمن المذكور، واحتمال تقدم الملك على الدعوى لا ينكر، وهو الكافي [في][(٧)] سماع الشهادة؛ لأن المعتبر في صحة الدعوى التي يترتب عليها سماع الشهادة انتظامها وإمكانها ظاهرًا، لا موافقتها ما في نفس الأمر.

وأيضًا: فإن الشهادة لا تقام إلا بطلب المدعي؛ فيقدر عند طلبه أداء الشهادة كأنه مدع للملك ذلك الوقت أيضًا؛ فلم تقع الشهادة مخالفة للدعوى.

نعم، قد يعكر على هذا ما إذا أقام شاهدًا واحدًا، ثم أقام آخر [بعد][(٨)] مدة؛ فإن الحكم يقع عند إقامة الثاني الشهادة.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: الدعوى.
(٦) سقط في ص.
(٧) سقط في أ.
(٨) سقط في ص.

وقضية ما قاله الأصحاب: أن يكون ما شهد به الأول غير ما شهد به الثاني، وأن لا تلفيق.

وقد صرح في «الزوائد» في كتاب الشهادات بأنه لو حدثت ثمرة بين الشهادتين، كانت للمدعى [عليه][(١)]، لكن قد حكينا عن القاضي في باب صفة القضاء عند الكلام في طلب الحبس حتى تزكي البينة ما يدفعه؛ فاطلبه [من][(٢)] ثم، والله أعلم.

الثاني: قال الأصحاب: من اشترى عينًا من الأعيان، وتمادى الزمان سنين، ثم جاء مدعٍ، وادعاها في يد المشتري، وانتزعها منه ببينة شهدت له بملكها من غير بيان سبب الملك - كان للمشتري أن يرجع على بائعه بالثمن.

قال القاضي الحسين: وهذا مع ما ذكروه لا يجتمع؛ لأن شهادة البينة لا تتضمن إسناد ملك المدعي- كما قالوا- إلى زمان يوصف بأن يشار إليه، بل لا يقتضي إلا ملك الحال وتقديرًا في التقدم؛ فكيف يملك المشتري الرجوع على البائع مع إمكان ثبوت ملك المنتزع للعين؛ تلقيًا من هذا المشتري؟! وهذا ضمنه الغزالي قوله: «وعجب أن يترك في يده نتاج حصل قبل البينة وبعد الشراء، ثم هو يرجع على البائع!».

ثم قال القاضي: ويحتمل أن نقول: لا يرجع المشتري بالثمن على البائع - والحالة كما وصفنا - بناء على ذلك، إلا أن تسند البينة الاستحقاق إلى حالة العقد؛ فإذ ذاك يثبت أن البيع صادف مستحقًّا.

قال الإمام: وما ذكره القاضي لا دفع له من طريق القياس، لكنه قال: أجمع الأصحاب من عند آخرهم على خلاف ما ذكرته، وقد رأيته في «تعليقه»، والممكن في توجيه ما ذكره الأصحاب: أن يقال: البينة الشاهدة للمدعي بالملك لا يظن بها إلا الصدق، والأصل عدم نقل الملك من المشتري، مع أنه لا يمكنه أن يثبت عدم [تصرف][(٣)] نفسه؛ فاكتفينا في حقه بعدم تحقق النقل من جهته وإن كان محتملًا؛ لأجل الوثوق بالعهدة؛ كما أن الشرع صحح ضمان العهدة[(٤)] خارجًا عن القياس؛ لأجل ذلك.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) في أ: العهد.

وإذا لوحظ ما ذكرناه لم [يكن لصدق][(١)] الشهود محتمل إلا إسناد الاستحقاق إلى ما تقدم؛ فلهذا ثبت له الرجوع.

وزاد الأصحاب عليه فقالوا: لو وهب المشتري العين المشتراة أو باعها، فأقام مدعٍ على من هي في يده البينة بأنها ملكه - رجع المشتري [الأول][(٢)] على بائعه.

قال الإمام: وهذا لا إشكال فيه بعد تقرير الأصل المذكور.

فرع: المشتري من المشتري إذا استحق الملك في يده، ولم [يظفر ببائعه][(٣)] - هل له أن يطالب البائع الأول بالثمن؟ في «فتاوى» القاضي الحسين: أن الأصح: أنه لا يطالبه، ويشبه ذلك من مات وعليه دين، وادعى وارثه دينًا على غيره، وأنكر المدعى عليه، ونكل الوارث - هل يحلف الغريم؟

قال: وإن ادعى مملوكًا، وأقام بينة: أنه ولدته أمته في ملكه، أو [ادعى][(٤)] ثمرة، وأقام[(٥)] **بينة أنها أثمرتها نخلته في ملكه -حكم له**، **وقيل**: **وهي كالبينة بملك متقدم**؛ لأنهما أضافا الملك إلى حالة الولادة، وخروج الثمرة؛ وذلك زمن متقدم؛ فعلى هذا يجيء القولان؛ وهذه طريقة «البويطي» وابن سريج.

والفرق على الطريق الأول - وهو الذي نص عليه الشافعي، واختاره أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وسائر الأصحاب؛ كما قاله أبو الطيب - من وجهين:

أحدهما: أن الشهادة هناك بملك[(٦)] مقصود متبوع غير تابع لغيره؛ فلهذا لم تقبل بملك كان حتى يصل ذلك بحالة التنازع، وهاهنا الشهادة بالتبع، والأصل ملك ثابت له في الحال؛ فثبت أنها تبع للأصل.

والثاني: أن النتاج والثمرة لما لم يتقدمه فيهما مالك، صار في تملكهما أصلًا، وقديم الملك لما تقدمه فيه مالك، صار في تملكه فرعًا، وحكم الأصل أقوى من حكم الفرع.

فإن قيل: ليس يمتنع أن يحدث الولد لغير مالك الأم بالوصية وغيرها مما ذكرناه، فكيف تحكمون بالملك بهذه الشهادة؟

---

(١) في أ: يصدق.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: يظهر بائعه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في التنبيه: فأقام.
(٦) في أ: تملك.

قال الماوردي: قلنا: هذا نادر[١] أخرجته الوصية عن حكم أصله؛ فصار كالاستثناء الذي لا يمنع جوازه من استعماله على العموم قبل وروده. وهذا ما أورده العراقيون والماوردي.

وسلك الإمام طريقًا آخر، فقال: إن أراد بقوله: ولدته، والولد في ملكي، فقد ادعى ملك الولد، ولكن لم يدعه الآن، وإنما ادعى ملكه حالة الولادة، فإذا أقام على ذلك بينة، ولم تتعرض البينة لملك الحال - فهذا يتخرج على القولين في ملك أمس، ولا فرق. وإن قال: ولدته جاريتي في ملكي، وفسر ذلك بأن الجارية مملوكة له عند الولادة، فنقول: قد تكون الجارية مملوكة له، ويتصور ذلك بالوصية، وقد يكون الولد حرًّا؛ فليس ما ذكره دعوى ملك في الولد، ولكن ادعى حصول الولد في يده، ثم ادعى يدًا في زمان سابق؛ فيجري فيه القولان في دعوى اليد السابقة.

وقد يخطر في هذا المقام أنه إذا ادعى الملك في أمه - إذ هو ثابت له بلا نزاع - فينبغي أن يلتحق ذلك بما إذا ادعى جارية حاملًا؛ فإنه يكون مدعيًا لحملها -أيضًا- وهذا فقيه، ولكن فيه احتمال من جهة: أنه أفرد الولد بالدعوى في هذه المسألة، وفي تلك وجَّه الدعوى على الأم فتبع[٢] الولد.

قلت: وحاصل ما ذكره الإمام يرجع إلى طريقة ابن سريج؛ فإن عنده لا فرق بين الشهادة بالملك السابق أو اليد السابقة، والله أعلم.

قال: وإن ادعى أن هذا العبد كان له، [وأعتقه، وغصبه][٣] فلان، وأقام عليه بينة - فقد قيل: يقضي بها، وقيل: هي[٤] كالبينة بملك متقدم[٥].

والفرق على الطريق الأول: أن البينة هاهنا شهدت على وفق الدعوى؛ لأنه لا يدعي الملك لنفسه في الحال، ولا كذلك ثمة.

فإن قيل: قد قلتم من قبل: إن الدعوى بملك سابق لا تسمع، وهو ما حكاه الماوردي عند الكلام فيما إذا شهدت البينة: إن هذه [العين][٦] كانت في يده أمس، وقال الإمام في باب الدعوى في وقت دون وقت: لست أعرف خلافًا في رد دعواه؛

(١) في أ: نادرًا.
(٢) في أ: فيتبع.
(٣) في التنبيه: فأعتقه وغصبه منه.
(٤) في ص: هو.
(٥) في ص: المتقدم.
(٦) سقط في أ.

فكيف يستقيم ما ذكرتموه من الفرق؟!

قلت: ذاك فيما إذا كان الملك في الحال مقصودًا متصورًا، وليس كذلك فيما نحن فيه؛ فإن المقصود إثبات العتق، ودفع الغصب، وذكر الملك السابق وقع تبعًا.

قال: **وإن ادعى عينًا في يد غيره، وأقام بينة: أنه ابتاعها من رجل - لم يقض له،** أي: بتسليم العين؛ لأن الإنسان قد يبيع ما لا يملكه؛ فلا تزول يد صاحب اليد بالاحتمال.

قال: **حتى تشهد البينة: إنه ابتاعها منه وهي في ملكه، أو ابتاعها وتسلمها من يده.**

هذا الفصل ينظم مسألتين:

إحداهما: إذا شهدت البينة: إنه ابتاعها منه وهي في ملكه - يقضي له بتسليم العين؛ لأن ملك المشتري إنما حصل من جهة البائع، فإذا ثبت ملك البائع كان ثابتًا للمشتري الآن؛ فصار كما إذا شهدت بأنه يملكها[١] من سنة؛ كذا قاله ابن الصباغ نقلًا وتوجيهًا، ولم يحك غيره من العراقيين والمراوزة - كالإمام[٢] والقاضي الحسين والشيخ أبي علي في «شرحه الكبير» - سواه.

نعم، حكى الرافعي في الفروع قبيل كتاب العتق عما جمع من «فتاوي» القفال: أن البينة إذا شهدت بأنه اشترى هذه الدار من فلان وهو يملكها، ولم يقولوا: إنها الآن ملك المدعي، في قبول هذه الشهادة - قولين؛ كما لو شهدوا: إنها كانت ملكه بالأمس.

ويوافق هذا قول القاضي في «فتاويه»: إن الشهود إذا شهدوا بأن هذه الدار كانت لفلان إلى أن مات، وخلفها [ميراثًا][٣] لابنه هذا، ولم يقولوا: إنها الآن ملك هذا الابن-: إن الحكم كما لو قالوا: هذه الدار كانت لفلان أمس؛ لا[٤] يقبل في الجديد.

وعلى الطريقة الأولى إذا شهدت البينة: إنها للمشتري بابتياعها من زيد، قضى له -أيضًا- صرح به ابن الصباغ والرافعي، والبندنيجي وقال: إنها غير منصوصة.

الثانية: إذا شهدت البينة: إنه ابتاعها، وتسلمها من يده -قضى له بها؛ لأن الظاهر

---

(١) في أ: ملكه.
(٢) في أ: والإمام.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ص: فلا.

أنها ملك لمن أقبضها؛ فنزل ذلك منزلة الشهادة بالملك حالة البيع؛ وهذا ما صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبندنيجي، والشيخ أبو علي في «شرحه الكبير» كما قاله ابن أبي الدم، وصاحب «التهذيب»، وتبعهم الرافعي في ذلك، ولم يحك سواه.

ومن طريق الأولى جريان القولين في المسألة السابقة فيها.

وقد قطع القاضي الحسين بأنه لا تقبل البينة إذا لم تقل: إنه اشتراه من فلان وهو يملكه[١].

وعليه ينطبق قول الماوردي في آخر باب القسمة: لو أقاما البينة بابتياعهما الدار، لم تكن بينة بالملك[٢]؛ لأن يد البائع فيها كأيديهما.

وهكذا لو أقاما[٣] البينة: أنها صارت إليهما من أبيهما ميراثًا، لم تكن بينة بالملك؛ لأن يد الأب فيها كأيديهما. وهذا ما اختاره ابن أبي الدم، وقرره بأن يد الداخل حاضرة محسوسة، وهي تدل على الملك، والشهادة بالبيع وتسلم المبيع من يد البائع شهادة تتضمن الابتياع، ويد سابقة للبائع ثم بيد تتعقبها للمشتري، ولا فرق بين هذا وبين قول البينة: نشهد: إنها كانت في يده أمس، ولو شهدت باليد أمس، لم تسمع على الصحيح، وإن سمعت لم تنزع العين من ذي اليد الحاضرة بمجرد الشهادة بها؛ فكذلك هاهنا.

وقد طرد القاضي أبو الطيب والبندنيجي ما قالاه في الوقف، فقالا: إذا شهدت البينة بأنه وقف كذا، [وهو في ملكه، أو: وهو في يده -حكم به. ولو شهدت بأنه وقف كذا][٤] لا غير، لم يقبلها؛ لأن الإنسان قد يقف ما يملك وما لا يملك.

أما لو ادعى الشراء من صاحب اليد، فقد اتفق الكل على أنه لا يحتاج في هذه الحالة إلى الشهادة بأنه باع ذلك وهو في ملكه، ولا في يده، بل بيعه[٥] يقطع سلطانه، ويؤاخذ بحكمه وبموجبه، خلافًا لأبي حنيفة.

قال الماوردي -حكاية عن المذهب-: ولا يقضي للمدعي بها ملكًا وإن قضى له بابتياعها، [بل يكون][٦] له فيها يد إن نوزع فيها، ولا تدفع بينة المنازع، بخلاف ما لو

---

(١) في أ: ملكه.
(٢) في ص: الملك.
(٣) في ص: أقامت.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: معه.
(٦) في أ: لم يكن.

شهدت البينة بأن البيع صدر والبائع مالك؛ فإنه يحكم له بها ملكًا.

وإن شهدت: إنه باعها وكانت في يده، حكم بها ابتياعًا، وجرى عليه حكم الملك؛ لأن الظاهر من اليد: أنها لمالك؛ حكى ذلك عند الكلام فيما إذا كانت العين في يد شخص، فادعاها اثنان، وأقام أحدهما بينة: أنها ملكه منذ سنة، وأقام الآخر بينة: أنه اشتراها من المدعي الأول منذ خمس سنين.

فرع: إذا أقام بينة على الشراء من شخص، ثم أقام بينة أخرى على ملك ذلك البائع إلى وقت البيع - قال القاضي: يجوز ذلك، ولا فرق بين أن تشهد بينة واحدة على الأمرين، وبين أن تشهد بينتان عليهما.

قال الإمام: وهذا صحيح.

[و](1) قال الرافعي: وكأن المراد ما إذا أقام شهودًا على أنه اشترى منه وقت كذا، وآخرين على أنه كان يملك إلى وقت كذا، وإلا فمن شهد على أنه مالك إلى أن باع منه، فقد شهد بالبيع والملك.

فرع آخر - قاله القاضي الحسين-: لو أقام رجل [بينة](2): أن الدار التي في يد فلان كانت في يد أبيه إلى أن مات، وهذا وارثه، والذي في يده لم يقم بينة على أنها له- فالدار للذي أقام البينة، بخلاف ما لو شهدت البينة: إن أباه مات وكان يسكنها؛ فإنها لا تكون له.

فإن قلت: هذا يناقض ما حكيتموه عنه من أن البينة إذا شهدت بأنه ابتاع كذا من فلان، وتسلمه من يده - لا يقضي له؛ فإن البيع سبب الملك كالإرث.

قلت: لا؛ فإن المشهود به في مسألة البيع مجرد التسليم؛ وذلك لا يدل على الملك، والمشهود به [هاهنا كونها](3) في يده، ولعل المراد بذلك: ما إذا كانت في يده يتصرف فيها مع امتداد المدة من غير منازع؛ كما حكينا مثل ذلك عن صاحب «الإشراف» في الفروع المذكورة بعد قول الشيخ: «وإن ادعى كل واحد منهما أنه ابتاع هذه الدار من زيد، وهي ملكه»؛ بل أقول: لو قامت البينة بأنه ابتاع هذه الدار من زيد، وأنها في يد البائع يتصرف فيها مدة مديدة(4) من غير منازع - كانت كالشهادة بأنه باع

---

(1) سقط في ص.
(2) سقط في أ.
(3) في ص: كونه هاهنا.
(4) في أ: مديرة.

وهو مالك؛ لأن الشيخ أبا عاصم قال: لو أقام شخص بينة بأن هذا الشيء ملكه، وأقام آخر بينة: أنه في يده يتصرف فيه تصرف الملاك من غير منازع مدة مديدة - كانت بينة الثاني أولى؛ لأنها شهدت باليد والملك جميعًا، وبينة الداخل مقدمة على بينة الخارج، والله أعلم.

قال: وإن ادعى مملوكًا، وأقام[(١)] **بينة: أنه ولدته جاريته، أو ثمرة، وأقام**[(٢)] **بينة: أنها أثمرته نخلته - لم يقض له**؛ لأن من اشترى جارية قد ولدت أولادًا، أو نخلة قد أثمرت، وأُبِّرت ثمرتها - يصدق أن يقال: إن أمته ولدتهم، وإن نخلته أثمرت ذلك.

قال: حتى تشهد: إنها ولدته[(٣)] **في ملكه، أو أثمرته في ملكه**؛ لأنها إذا قالت ذلك، انتفى [هذا][(٤)] الاحتمال.

وهذا ذكره تفريعًا على المنصوص في المسألة السابقة، وهو الذي نص عليه الشافعي هاهنا، وهو الجديد في «تعليق» القاضي الحسين و«النهاية»، وهو مخالف لما نص عليه في اللقيط إذا ادعى [رجل][(٥)] رقه؛ حيث قال: إنه يكفي أن تشهد البينة: إن أمته ولدته. وكأن الفرق - والله أعلم-: أن المقصود ثم معرفة الرق من الحرية، والشهادة بأن أمته ولدته تعرف رقه؛ فإن الغالب أن ما تلده الأمة مملوك، وولادتها للحر نادر؛ فلم يعول على ذلك كما قلنا من قبل. والقصد هاهنا: تعيين المالك؛ لأن الرق متفق عليه؛ إذ المسألة مصورة بما إذا ادعى مملوكًا؛ وذلك لا يحصل بكون أمته ولدته؛ لما ذكرناه.

وقد حكى القاضي الحسين في مسألة المملوك قولًا آخر نسبه إلى القديم: أن البينة تقبل، وقال: إنه يضاهي قبول الشهادة بالملك القديم في الدار، ووجه الشبه: أنا إنما حكمنا [ثم][(٦)] بالملك؛ للاستدامة؛ فكذلك هاهنا؛ لما أثبت الملك لنفسه في الأم، استديم الملك على الولد. قال: والأصح الأول، أي: وإن قلنا بسماع الشهادة بالملك القديم؛ لأنهم لم يثبتوا له الملك في الولد هنا قط، وهناك أثبتوا له ملك الدار أمس؛ فاستديم الملك.

والإمام قال: إن القول الذي حكاه القاضي عن القديم في مسألتنا خرجه بعض

---

(١) في التنبيه: فأقام.
(٢) في التنبيه: فأقام.
(٣) زاد في التنبيه: جاريته.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.

الأصحاب من سماع الشهادة بالملك القديم؛ لأن قوله: هذه بنت أمتي، يتضمن إثبات الملك حالة الولادة، وقد تقدمت.

وفي «الإشراف»: أنه مخرج من مسألة في الاستيلاد، وهي إذا قال: هذا ولدي من أمتي؛ فإنه إن فسر، وقال: أحبلتها في ملكي، قبل تفسيره، وثبت الاستيلاد، وإن قال: أحبلتها به في النكاح، لم يثبت، وإن أمسك عن التفسير، فهل يثبت؟ فيه وجهان.

فرعان:

لو شهدت البينة: إن هذا المملوك ولدته أمته بعد ملكه، ولم تقل: ولدته في ملكه - لم يحكم له بملكه؛ لأنه يجوز أن يكون قد باعها، فولدت، ثم بعد ذلك ملكها برد بعيب، أو إفلاس، أو غير ذلك.

ولو شهدت البينة: إنه ابن أمته، أخذه هذا من يده، كانت شهادة له باليد دون الملك.

قال الماوردي: فيحكم له برده يدًا لا ملكًا.

قال: **وإن ادعى طيرًا، أو غزلًا، أو آجرًا، فأقام بينة أن الطير من بيضه، والغزل من قطنه، والآجر من طينه - قضى له؛** لأن هذه الأشياء عين ماله، وإنما تغيرت صفاتها، وتفارق الثمرة والولد؛ لأن الطير والآجر والغزل لا يتصور أن يكون حاصلًا قبل حصول البينة، والقطن والطير له، والولد والثمرة يتصور حصولهما قبل حصول الملك [له][1] كما تقدم.

وفي «الإبانة»: أن ابن سريج خرج في مسألة القطن وجهًا، وجعله كولد الأمة، أي: فلا يقضي له به بمجرد ذلك.

قال: **وإن مات نصراني** -أي: من عرف بالنصرانية- **وترك ابنًا مسلمًا، وابنًا نصرانيًا، فأقام المسلم بينة: [أن أباه][2] مات مسلمًا، وأقام النصراني بينة: أنه مات نصرانيًا، ولم يؤرخا - قدمت بينة المسلم؛** لأنها شهدت بأمر خفي على الأخرى؛ فصار كما لو مات رجل عن ابن وزوجة، فقال الابن: هذه الدار ميراث بيننا، وقالت الزوجة: هي [لي][3]، أصدقنيها أبوك، أو باعها مني، وأقام كل منهما بينة على

---

(١) سقط في أ.

(٢) في ص: أنه.

(٣) سقط في أ.

ما يدعيه- فإن بينتها أولى؛ لما ذكرناه.

قال الإمام: وبينة الاستصحاب لا تصادم البينة الناقلة إلا بالنفي، والشهادة على النفي مردودة.

وهذا ما وقفت عليه في كتب العراقيين والمراوزة، وفي «الحاوي» حكاية وجه: أنه يأتي في هذه المسألة قولا التعارض، والاستعمال؛ فإنه [قال](١): للبينتين في إقامة هذه الشهادة أربع أحوال:

الحالة الأولى: أن تطلقا الشهادة، فيقول شهود المسلم: إن أباه مسلم، ويقول شهود النصراني: إن أباه نصراني -فيحكم بشهادة الإسلام؛ لأنها أزيد علمًا؛ لأن نصرانيته أصل، وإسلامه حادث؛ فصار كالشهادة بالجرح والتعديل، [يحكم بالجرح على التعديل](٢)، ويجعل المسلم وارثًا.

الحالة الثانية: أن تقيدا الشهادة، فتقول بينة المسلم: إن آخر كلامه عند الموت [الإسلام، وبينة النصراني: إن آخر كلامه عند الموت](٣) التثليث، والحكم كما سيذكره الشيخ.

ثم قال: فلو شهدت بينة المسلم: إن أباه مات مسلمًا، وبينة النصراني: إن أباه مات نصرانيا - فقد اختلف الأصحاب: هل تحمل هذه الشهادة على التقييد؛ لأن كل واحدة منهما شهدت بدينه عند الموت؛ حتى تأتي فيه أقوال التعارض والاستعمال، أو يحمل على الإطلاق؛ لأنهما استصحبا ما تقدم من حاله، ولم يقطعا بدينه عند خروج روحه؛ فلا تعارض، ويكون الميراث للمسلم؟ على وجهين.

الحالة الثالثة: أن [تكون](٤) الشهادة بالإسلام مطلقة، وبالنصرانية مقيدة -فلا تعارض؛ لأنه قد يسلم، ثم يرتد بعد إسلامه إلى النصرانية؛ فتصح الشهادتان، ويحكم بارتداده بعد الإسلام، ولا يرثه واحد من ابنيه، ويكون ماله فيئًا لبيت المال.

الحالة الرابعة: أن تكون الشهادة بالإسلام مقيدة، وبالنصرانية مطلقة - فلا تعارض، ويكون ميراثه للمسلم.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.

وقد اقتصر الفوراني في التعبير عما ذكرناه من الحكم في الحالتين الأخيرتين، فقال: إذا كانت إحداهما مطلقة، والأخرى مقيدة - فالعمل بالمقيدة أولى[(١)].

قال: وإن شهدت بينة المسلم: إن آخر كلامه عند الموت الإسلام، أي: ما يكون به مسلمًا، وهو النطق بالشهادتين، والتبرؤ من كل دين يخالف[(٢)] الإسلام، كما قاله الماوردي وغيره، وشهدت بينة النصراني: إن آخر كلامه [عند الموت][(٣)] **النصرانية**، أي: ما يكون به نصرانيًّا، وهو النطق بالتثليث؛ كما قال الماوردي، [أو النطق][(٤)] بأنه لا إله إلا الله، وأن عيسى رسول الله، وأنه بريء من كل دين سواه؛ [كما][(٥)] قاله [الشيخ][(٦)] أبو عاصم العبادي - **تعارضت البينتان**؛ لأنه يستحيل أن يموت مسلمًا نصرانيًّا.

وفي «الإشراف»: أن ما قاله الشيخ أبو عاصم من تصوير النصرانية فيه إشكال؛ لأن المسلمين يثبتون نبوة عيسى -عليه السلام- وإثبات نبوته ليس نفيًا لنبوة نبينا محمد ﷺ عند منكري المفهوم.

قلت: وفي هذا النظر نظر؛ لأن من تبرأ[(٧)] من كل دين سوى دين عيسى، فقد تبرأ من دين النبي ﷺ.

---

(١) قوله: «وإن مات نصراني أي من عرف بالنصرانية وترك ابنًا مسلمًا وابنًا نصرانيًّا، فأقام المسلم بينة بأنه مات مسلمًا وأقام النصراني بينة بأنه مات نصرانيًّا. قال الماوردي: فلهما أربعة أحوال، أحدها: أن يطلقا الشهادتين، فيحكم بشهادة الإسلام؛ لأن معها زيادة علم، الثانية: أن يقيدا فنقول: بينة المسلم أن آخر كلامه عند الموت الإسلام ونقول: بينة النصراني أن آخر كلامه هو التنصر؛ فيتعارضان، الثالثة: أن تطلق بينة المسلم وتقيد بينة النصراني؛ فيحكم بالشهادتين بأن نحكم بارتداده بعد إسلامه، وميراثه في الرابعة العكس، فميراثه للمسلم، ثم قال: وقد اختصر الفوراني في التعبير عما ذكرناه من الحكم في الحالتين الأخيرتين، فقال: إذا كانت إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة فالعمل بالمقيدة أولى. انتهى كلامه.
وما ذكره عن الفوراني من كونه موافقًا لما ذكره غريب، فإن الحالة الثالثة لم يعمل فيها بالمقيدة، إذ لو عملنا بها لأعطينا ماله للنصراني، بل عملنا بكل منهما، وجزم الرافعي فيما إذا قيدت بينة النصراني وأطلقت بينة المسلم بالتعارض على خلاف ما نقله عن الماوردي، وأقره وسكت -أعني الرافعي- عن عكسه، ولا يصح التحاقه به لوضوح الفرق فاعلمه، فإن بعض الشراح قد غلط في ذلك. [أ و].

(٢) في ص: خالف.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في ص.
(٧) في ص: يتبرأ.

وعن ابن كج حكاية وجهين في أنه: هل يجب على الشهود أن يثبتوا كلمة الإسلام؛ لأنهم قد يعتقدون ما ليس بإسلام إسلامًا؟

ومقابله هو الذي أورده البندنيجي وغيره.

قال: **وفيهما قولان**:

أحدهما: تسقطان [للتكاذب؛][1] وهذا ما اختاره في «المرشد».

قال: **ويحكم بأنه مات نصرانيًّا**، أي: بعد حلف الابن النصراني: إنه لا يعلم أنه مات مسلمًا؛ لأن هكذا الحكم لو لم تكن بينة؛ فإن الأصل نصرانيته.

قال: **والثاني: تستعملان بالوقف، أو القرعة، أو القسمة**؛ لأنه لا مانع من واحد منها، كما في غير هذه الصورة، [وهذه طريقة المزني وطائفة معه، وهم المعتبرون من الأصحاب؛ كما قال الإمام.

وقال البندنيجي: إنها المنصوص عليها في «الأم». كما أشار إليه ابن الصباغ، ولم يحك البغوي سواها.

وقيل: لا تجيء القسمة وإن جاءت في غير هذه الصورة][2]؛ لاستحالة أن يشترك مسلم ونصراني في ميراث ميت؛ لأنه إن مات نصرانيًّا ورثه النصراني دون المسلم، وإن مات مسلمًا ورثه المسلم دون النصراني، فإذا قسمنا بينهما علمنا قطعًا: أن أحدهما قد أعطي ما لا يستحقه، ومنع الآخر ما يستحقه، وإن لم يتعين، بخلاف عند الميراث؛ فإنه يجوز أن يكون [الملك][3] مشتركًا بينهما؛ فيقسم؛ وهذه طريقة أبي إسحاق المروزي وطائفة معه، كما قال الماوردي، وقد قويت بما إذا مات شخص وقد طلق واحدة من نسائه لا بعينها؛ فإن الميراث يوقف ولا يقسم بينهن.

وقال الإمام: إنها غير معتد بها؛ فإن قول القسمة لا يعتمد إلا إمكان الشركة في الجنس المدعى، فأما الجهات فلا نظر إليها؛ فإن القسمة إنما تجري لاستواء المتداعيين في متعلقهما، وليس أحدهما أولى من الآخر، والتعطيل عند هذا القائل لا سبيل إليه.

والشيخ أبو حامد والمصنف وغيرهما ردوا على أبي إسحاق بوجه آخر، فقالوا:

---

(١) سقط في التنبيه. (٢) سقط في أ.
(٣) سقط في ص.

احتمال كون الملك لهما قائم في هذه الصورة -أيضًا- لأنه يجوز أن يكون مات نصرانيًّا قبل إسلام أبيه؛ فيكون ميراثه لهما، إلا أن المسلم ادعى أنه مات مسلمًا؛ ليأخذ كمال الميراث.

قال البندنيجي: وهذا يخرج منه ما إذا عرف إسلام المسلم منهما قبل وفاة أبيه.

ثم على الطريقة الصحيحة - وهي جريَان القسمة.

فروع:

أحدها: هل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر؟ فيه وجهان عن رواية ابن كج، وهما يؤخذان مما حكيناه عن الإمام والقاضي في أول المسائل، والأصح: المنع.

الثاني: لو كان المتنازع في التركة ابنًا وبنتًا، فعن أبي الطيب بن سلمة: أنه يقسم المال بينهما نصفين.

وعن غيره: أنه يقسم أثلاثًا قسمة الميراث.

قال الرافعي: وليس واحد منهما بقويم؛ بل يجب أن يقال: هما كشخصين يدعي أحدهما جميع العين، والآخر نصفها، أقاما بينتين، وقد مر أنْ على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني ربعها.

الثالث: لو كان المدعي للإسلام -مثلًا- زوجة الميت وأخاه، والمدعي للنصرانية ابنًا للميت - فالذي أورده الجمهور جريان القول الذي عليه نفرع فيه أيضًا؛ فنقسم.

وعلى هذا فالنصف للزوجة والأخ، وفي كيفية [قسمته][1] وجهان في «التهذيب»:

أحدهما: تأخذ الزوجة ربعه، وكأنه كل التركة، وهو الذي أورده أبو الفرج السرخسي.

والثاني: تأخذ نصفه؛ ليكون لها ربع التركة؛ فإن الأخ معترف به، والأولاد لا يحجبون بقولهما، وهذا ما أورده الإمام ومن تبعه.

وفي «الحاوي»: أن الذي عليه الجمهور: أنه لا يصح تخريج قول القسمة هاهنا وإن جاز في المسألة السابقة؛ لأن الاثنين فيما تقدم شريكان، والأخ والابن هاهنا

---

(١) سقط في ص.

متدافعان؛ فصح الاشتراك هناك، وبطل هنا.

قال: وإن كان الميت لا يعرف أصل دينه، تعارضت البينتان، أي: سواء كانتا مطلقتين أو مقيدتين.

ووجهه في حالة التقييد ظاهر، وفي حالة الإطلاق - وإن احتمل كونهما صادقتين-: الجهل بدينه؛ فإنه يمنع من الحكم بأحدهما؛ فجرى عليهما حكم التعارض في التكاذب.

قال: وفيهما قولان:

أحدهما: تسقطان، ويرجع إلى من في يده التركة؛ عملًا بمدلول اليد.

وعلى هذا إن كانت في يد غيرهما يدعيها لنفسه، فالقول قوله.

وإن لم يدعها لنفسه، قال البندنيجي: أقرت في يده حتى يزول [الإشكال](١).

وإن كانت في يدهما كانت بينهما؛ وهذا ما أورده البندنيجي والمصنف وغيرهما، وحكاه ابن الصباغ عن المزني؛ فإن الشيخ أبا حامد قال: إنه يحلف كل واحد منهما على ما في يده. وهو المذكور في «تعليق» القاضي الحسين أيضًا.

ثم أبدى ابن الصباغ احتمالًا: أنه لا يحتاج إلى التحالف؛ كما(٢) سنذكره عنه.

ولو كان [المدعي](٣) للإسلام أو الكفر أكثر من واحد، فالقسمة - تفريعًا على قول التساقط - على عدد الرءوس، قال الفوراني: لأنها قسمة بحكم اليد.

وإن كانت في يد أحدهما، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد - وهو الذي أورده البندنيجي، والقاضي الحسين-: أنها تسلم له.

وقال الإمام بعد حكاية ذلك عن القاضي: إن هذا وهم وزلل من الناقل عنه؛ فإنهما إذا اعترفا بأن المال الذي فيه النزاع تركة، فلا حكم لصورة اليد؛ فإن ما كان تركة فسبيله مع الإشكال تساوي الاثنين فيه؛ ولهذا قال الرافعي: إنه(٤) الصحيح، ولم يورد في «الوجيز» سوى قسمته بينهما.

وفي «الحاوي»: أنه إذا سقطت البينتان والدين مجهول، ففي التركة ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو قول المزني-: أنها تقسم بينهما ملكًا بالتحليف دون البينة؛ لتكافئهما فيها.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ص: مما.
(٣) سقط في أ.
(٤) في ص: إن.

والثاني - وهو قول أبي علي بن خيران-: أنها تقسم بينهما يدًا، وتقر معهما أمانة، يمنعان من التصرف فيها حتى يبين مستحقها منهما، أو يصطلحان عليها؛ كالميت عن زوجتين إحداهما مطلقة، وقد أشكلت.

والثالث - ويشبه أن يكون قول أبي إسحاق المروزي-: أنها تقر في يد من كانت في يده قبل التنازع[(١)] والتحالف، فإن كانت في يدهما، أو في يد أجنبي، أو في يد أحدهما- أقرت على حالها، وكان إقرار يد وأمانة من غير قسمة.

ووهم أبو حامد، فأقرها في يده ملكًا، وهو خطأ؛ لأن سبب استحقاقه متعين بالميراث؛ فلم يجز أن يكون لليد في تملكها تأثير.

ويقرب من ذلك قول ابن الصباغ بعد حكاية قول أبي حامد -كما ذكرناه أولًا-: وهذا فيه نظر؛ لأنه معترف للميت الذي ادعى أنه يرثه، والآخر يدعي مثل ذلك؛ فلا ينبغي أن يكون ليده حكم، بل ينبغي أن يكون موقوفًا، أو مقسومًا عليهما.

قال: والثاني: تستعملان على ما ذكرناه، أي: ويجيء الطريقان في الاستعمال بالقسمة؛ كما صرح به الماوردي وغيره.

وقيل: تقدم بينة المسلم؛ لأنه الظاهر في دار الإسلام؛ وهذا ما حكاه الفوراني عن المزني، وهو بعيد؛ إذ لو كان كذلك لجعل القول قوله حالة عدم البينة.

قال ابن يونس: و[قد][(٢)] قيل به أيضًا.

قال: ويغسل الميت، ويصلى عليه في المسائل كلها -أي: التي ذكرها- وينوي حالة الصلاة: أنه يصلي عليه إن كان مسلمًا- كما قاله في «المهذب»، و«الشامل»- لأن أمره مشتبه؛ فجرى[(٣)] مجرى جماعة ماتوا وفيهم كافر قد أشكل؛ فإنهم يغسلون، ويصلى عليهم.

قال الإمام: وهذا الاستشهاد إيناس، لا حاجة إليه، والعمدة في الصلاة إسناد الإسلام إلى بينة، وليس في الصلاة نزاع، ولا يموت ميت فيقطع له بالإيمان في الموافاة، ولست أنكر ترددًا من طريق الاحتمال، سيما إذا كان الرجل معروفًا بالتنصر،

---

(١) في أ: النزاع.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: يجري.

وقد تعارضت بينتان في الكلمة التي بها الاختتام، ولكن النص هذا، ولم أر في الطرق ما يخالفه.

وكما يغسل ويصلى عليه، يدفن في مقابر المسلمين كما يدفن الموتى الذين فيهم كافر.

قال الماوردي: وفي الحالة التي حكم فيها بردته، لا يغسل ولا يصلى عليه. وأراد: الحالة التي كانت بينة النصراني فيها مقيدة، وبينة الإسلام مطلقة.

فرع: لو ادعى مسلم على شخص في يده دار: أن أباه مات مسلمًا، وترك له هذه الدار إرثًا، وادعى نصراني عليه: أن أباه مات نصرانيًّا، وترك له هذه الدار إرثًا، والأب غير الأب، وأقام كل منهما بينة بما ادعاه - تعارضت البينتان، وفيهما قولان: فإن قلنا بالتساقط، بقيت الدار في يد الثالث، وإن كانت البينتان متفقتين على أنها ليست له؛ لأن كل واحد لم يثبت له ما شهدت به بينته؛ فلم يكن حجة على صاحب اليد، وجرى مجرى بينة تشهد[1] بحق لأحد الرجلين لا بعينه؛ فإنه لا يثبت بها شيء.

والفرق بين هذه [المسألة][2] والتي قبلها؛ حيث قلنا على الصحيح: إن العين إذا كانت في يد أحدهما، وقلنا بالتساقط، لا يختص بها-: أن البينتين شهدتا ثم بأن الملك للميت؛ فلا تعارض فيه، وإنما تعارضتا في دينه؛ فثبت بهما المال، وهنا تعارضتا في ملك المال؛ فلم يثبت.

وإن قلنا بالاستعمال، جاءت الأقوال الثلاثة بلا خلاف.

قال: وإن مات رجل، وخلف ابنين، واتفقا على إسلام الأب، وإسلام أحدهما قبل موت الأب، واختلفا في إسلام الآخر: هل كان قبل موت الأب، [أو بعده][3]؟ **فالقول قول الابن المتفق على إسلامه**، أي: مع يمينه: إنه لا يعلم أن أخاه أسلم قبل موت أبيه؛ لأن الأصل بقاء أخيه على الكفر.

وهكذا الحكم لو مات حر، وترك ابنين: أحدهما حر قبل موت أبيه، والآخر مختلف فيه، فادعى تقدم عتقه قبل موت أبيه، وادعى الآخر: أنه عتق بعد موته -

---

(١) زاد في ص: بأن.
(٢) سقط في ص.
(٣) في التنبيه: أو بعد موته.

[فالقول قوله مع يمينه بالله: إنه لا يعلم أن أخاه عتق قبل موت أبيه](١)؛ لأن الأصل بقاء الرق.

نعم، لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، قال القاضي الحسين: فالصحيح -وبه جزم البغوي وغيره-: أن بينة الابن المختلف في إسلامه مقدمة؛ لأنها ناقلة، وبينة الآخر مستصحبة، والناقلة مقدمة على المستصحبة.

وقيل: إنهما متعارضتان؛ وهذا وجه ضعيف.

قال: **وإن اتفقا [على](٢) أن أحدهما أسلم في شعبان، والآخر [أسلم](٣) في رمضان، واختلفا في موت الأب: فقال أحدهما: مات قبل إسلام أخي، وقال الآخر: بل مات بعد إسلامنا - فالقول قول الثاني؛ فيشتركان**؛ فإن الأصل بقاء الأب إلى حين إسلام الثاني.

ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما ادعاه، قال القاضي الحسين والأصحاب -كما حكاه الإمام-: قدمت بينة الأول؛ لاشتمالها على زيادة علم بالموت في الزمان المتقدم.

ثم قال [الإمام](٤): وهذا ضعيف؛ لأن البينة التي شهدت في الزمان المتأخر تشهد على موته عن حياة؛ فيحصل التعارض، ويجري القولان.

قلت: وهذا عين القول الأول الذي حكاه الشيخ فيما إذا قال: إن مت في رمضان فعبدي حر، وإن مت في شوال فجاريتي حرة، ومات، وأقام العبد بينة بالموت في رمضان، والجارية بينة بالموت في شوال.

ويظهر مجيء الوجه الذي حكيناه ثم عن المزني وابن سريج في تقديم بينة شوال هاهنا؛ فتقدم بينة المتأخر، ويرثان جميعًا.

فرع: لو اتفقا على أن أحدهما لم يزل مسلمًا، [وقال الآخر: لم أزل -أيضًا- مسلمًا](٥)، ونازعه الأول، وقال: كنت نصرانيًّا، وإنما أسلمت بعد موت الأب- فالقول قوله: إني لم أزل مسلمًا؛ لأن ظاهر الدار يشهد له، وليس مع صاحبه أصل يستصحب.

---

(١) سقط في أ.
(٢) سقط في التنبيه، أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.

ولو قال كل واحد منهما: لم أزل مسلمًا، وكان صاحبي نصرانيًّا، أسلم بعد موت الأب -فعن القفال تخريجه على وجهين:

أحدهما: لا يصرف لواحد منهما شيء؛ لأن الأصل عدم الاستحقاق، وبقاؤهما على الكفر؛ فعلى هذا: إن كان له وارث مسلم غيرهما، فله الإرث، وإلا جعل في بيت المال؛ كذا قاله القاضي.

وأصحهما في «الرافعي»: [أنه](١) يحلف كل واحد منهما، ويجعل المال بينهما؛ لأن ظاهر اليد يشهد لكل واحد فيما يقوله في حق نفسه.

قال: وإن مات رجل، وخلف أبوين كافرين، وابنين مسلمين، فقال الأبوان: مات كافرًا، وقال الابنان: مات مسلمًا- ففيه قولان:

أصحهما: أن القول قول الأبوين(٢) - أي: مع أيمانهما - لأن كفره قبل بلوغه معلوم بكفرهما؛ فلم يقبل دعوى الابنين في حدوث إسلامه؛ لأن الأصل استصحاب كفره.

والثاني: أنه يوقف حتى ينكشف، أو يصطلحوا(٣)؛ لتساوي الحالين بعد بلوغه في إسلامه وكفره؛ لأن ما قبل بلوغه هو [في إسلامه فيه](٤) تبع لا يتحقق إلا بعد بلوغه.

وهذا الذي ذكرناه عن الشيخ [هو المذكور في توجيه ابن الخل، والشيخ](٥) اقتدى(٦) في ذكر القولين بابن سريج؛ فإن القاضي أبا الطيب والحسين والإمام والبغوي وابن الصباغ حكوا أن ابن سريج قال: فيه قولان.

وقال البندنيجي بعد حكاية ذلك عنه: إنه عنى وجهين.

وكذلك قال في «الحاوي»: في المسألة وجهان. وقد نسبهما في «المهذب» إلى تخريج ابن سريج، وحكى عنه أنه قال: الأول أشبه بقول العلماء.

وقد حكى القاضي الحسين عن المراوزة في المسألة وجهين:

أحدهما: مثل الأول.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: الابنين.
(٣) في التنبيه: أو يصطلحا.
(٤) سقط في ص.
(٥) سقط في أ.
(٦) في ص اقتداء.

والثاني: أن القول قول الابنين؛ لأن الظاهر أن الفرع المسلم إنما يتولد من المسلم، ولأن الأصل في دار الإسلام هو الإسلام.

وقال: إنهما مبنيان على أصل، وهو ما [إذا][1] اجتمع الأصل والظاهر، فأيهما يغلب؟ فيه قولان.

وفي «الإبانة» حكاية القولين هكذا عن ابن سريج، وحينئذ فيجتمع في المسألة ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القول قول الأبوين.

والثاني: أن القول قول الابنين.

والثالث: أنه يوقف إلى أن ينكشف، أو يصطلحوا.

قال الإمام: وليقع فرض المسألة إذا لم يسلم الابنان المسلمان كون الأبوين كافرين أصليين؛ فإن ذلك لو ثبت لم يكن شك في كفر الابن[2] أصلًا؛ إذ لاقى الأصل، وإنما يثبت إسلامه طارئًا بالسبب[3] أو إنشاء الإسلام، وإذا كان كذلك فمستصحب أصل الكفر أولى إذا لم تكن بينة.

وفي «ابن يونس»: أن الذي في الكتاب: أصحهما: أن القول قول الابنين، وقد حكاه في «الإشراف» - أيضًا - عن العراقيين، وليكن ذاك إذا لم يعرف تأصل كفر الأبوين؛ كما قاله الإمام.

قال في «المرشد»: وما ذكرناه إذا كان الولدان بالغين، ولم تكن أمهما كافرة، [فأما إن كانا صغيرين وأمهما كافرة،][4] وقامت بينة بإسلامهما، وأقر الجدان بذلك - فإنه يحكم بأنه مات مسلمًا، وتكون الدعوى من الناظر في مالهما.

ولو انعكس الحال؛ فكان الأبوان مسلمين، والابنان كافرين-: فإن لم يعلم للأبوين كفر قبل الإسلام، حكم بإسلام ولدهما، ولا يمين عليهما، وكانا أحق بميراثه من ابنيه. وإن علم كفر الأبوين قبل الإسلام، قال الماوردي: فيجوز أن يولد قبل إسلامهما؛ فيجري عليه حكم الكفر قبل البلوغ، ويجوز أن يولد بعد إسلامهما؛ فيكون مسلمًا قبل البلوغ.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: الأبوين.
(٣) في أ: بالنسب.
(٤) سقط في أ.

فإن كان النزاع في زمان ولادته، فادعى أبواه: أنه ولد بعد إسلامهما، وادعى ابناه: أنه ولد قبل إسلامهما - فالقول قول الأبوين مع يمينهما[١]؛ لأنا على يقين من حدوث ولادتهم، وعلى شك من تقدمها.

وإن كان النزاع في وقت إسلام الأبوين، فادعى أبواه: أنهما أسلما قبل ولادته، وادعى ابناه: أنهما أسلما بعد ولادته - فالقول قول الابنين مع يمينهما[٢]؛ لأن الأصل بقاؤهما على الكفر.

فرع: لو مات رجل، [وخلف][٣] امرأة، فقال[٤] الورثة: هي كتابية، أو رقيقة - قال الشافعي: القول قولها إذا أنكرت ذلك -أي: مع يمينها- وعلى الورثة البينة.

وقال الربيع: فيه قول آخر: إن في الحرية القول قولها، دون الإسلام.

ووجهه: بأن الأصل في الناس الحرية؛ لأن المشركين يخلقون أحرارًا، ثم يطرأ عليهم الرق، فالأصل هو الحرية، بخلاف الدين؛ فإن الناس في الأصل انقسموا إلى الكفار والمسلمين؛ فلم يصح التمسك بالأصل في إنكار الكفر.

ولو ادعى الإسلام، فقيل: القول قول الورثة مع يمينهم؛ لأن الأصل عدم وراثتها؛ كذا قاله أبو عاصم.

قال في «الإشراف»: وهذا يؤذن بتخريج قول في الإسلام والحرية جميعًا: أن[٥] القول قول سائر الورثة [مع أيمانهم][٦]؛ لأن الأصل عدم وراثتها. وهذا التخريج صحيح وإن ذهب عن المصنف.

قال: **وإن ماتت امرأة وابنها، فقال زوجها** -أي: الذي الابن منه-: **ماتت أولًا فورثها الابن، ثم مات الابن فورثته، وقال أخوها: بل مات الابن أولًا فورثته[٧] [الأم][٨]، ثم ماتت فورثتها - لم يورث ميت من ميت، بل يجعل مال الابن للزوج، ومال المرأة للزوج والأخ**؛ لأنه لا يورث إلا من تيقنت[٩] حياته عند موت مورثه، وهاهنا لا نعلم حياة واحد من الميتين عند موت مورثه؛ فهما كالغرقى.

---

(١) في ص: أيمانهما.
(٢) في ص: أيمانهما.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ص: فقالت.
(٥) في أ: وأن.
(٦) في أ: في يمينهم.
(٧) في التنبيه: وورثته.
(٨) سقط في أ.
(٩) في أ: ثبتت.

فإن قيل: الزوج يدعي أنه يرث من زوجته الربع، فكيف تعطونه النصف؟

قيل: لأنه يدعي إرث جميع مالها، ونحن نعطيه بعضه.

وهذا إذا لم يقم واحد منهما بينة على ما يدعيه، ولا اتفقا على وقت موت أحدهما، فإن أقام كل واحد منهما بينة [بما ادعاه][(١)]- تعارضتا، وجاءت أقوال التعارض.

ولو اتفقا على وقت موت أحدهما، فلا يخفى الحكم مما تقدم.

قال: وإن ادعى رجل أن أباه مات عنه وعن أخ له غائب - [أي: ولا وارث له غيرهما][(٢)] - وله مال عند رجل حاضر، وأقام[(٣)] **بينة بذلك** -أي: وهي من أهل الخبرة بالميت- سلم إليه نصف المال، وأخذ الحاكم نصيب الغائب ممن هو عنده، وحفظه عليه؛ قضاء لحقهما.

وثبوت الحق للغائب في هذه الصورة وقع بطريق التبع؛ لثبوت حق الحاضر؛ لارتباطهما، وعدم تميز أحدهما عن الآخر، أو لأن الحق يثبت أولًا للميت.

ثم نصيب الغائب إذا أخذه، [أجره][(٤)] الحاكم -إن أمكن- حفظًا لمنافعه؛ صرح به الماوردي وغيره [هنا][(٥)]، وقد ذكرته في آخر باب ولاية القضاء.

وقيل: إن كان دينًا لم يؤخذ[(٦)]، **بل يترك**[(٧)] **في ذمة الغريم حتى يقدم**؛ لأن الذمة أحفظ له؛ وهذا أظهر عند ابن كج، وحكاه عن النص.

والوجهان يجريان -كما حكاه الإمام في باب اليمين مع الشاهد - في كل من أقر لغائب بدين: هل ينزعه الحاكم منه أم لا؟ وقال: إنه لو أقر له بعين مغصوبة، انتزعها الحاكم.

وفي «الشامل» في باب الخيار في القصاص: أنه ليس له قبض العين المغصوبة من الغائب، بخلاف ما لو كانت لميت، ووارثه غائب، والفرق: أنه له ولاية على الميت؛ ولهذا تنفذ وصاياه منها، وتقضى ديونه، بخلاف الغائب؛ فإنه

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) في ص: فأقام.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) في التنبيه: يأخذ نصيبه، وفي أ: (يأخذ).
(٧) في التنبيه: يتركه.

لا ولاية [له][١] عليه.

وقد حكى الغزالي في كتاب الوديعة: أن الغاصب إذا أحضر المغصوب للقاضي، والمالك غائب - هل يجب عليه القبول؟ فيه وجهان جاريان في وجوب قبول دينه أيضًا.

وقال الرافعي: إن أظهر الوجهين في العين منع الإيجاب، وأن محلهما في الدين إذا كان بحيث يجب القبول على الغائب لو كان حاضرًا.

فرع: إذا أقام الحاضر شاهدًا، وحلف معه - استوفى حقه، ولم يأخذ الحاكم نصيب الغائب؛ لأنه لم تكمل الحجة عليه، ثم إذا قدم الغائب، لم يحتج إلى إعادة الشهادة، ويحلف، ويستحق.

وقيل: يأخذ نصيب الغائب أيضًا، ويوقفه إلى أن يحضر، ويحلف؛ فيسلم إليه؛ بناء على أن المدعي إذا أقام شاهدًا، وطلب الحيلولة إلى أن يقيم الشاهد الآخر - أجيب.

والصحيح: الأول، وما ذكرناه تفريعًا عليه فمحله إذا لم يتغير حال الشاهد، فإن تغير فوجهان:

أحدهما - وبه قال القفال-: أن الحكم كذلك؛ لأن الحكم قد اتصل بشهادته؛ فلا أثر للتغير بعده.

والثاني- وهو اختيار الشيخ أبي علي-: أنه لا يحلف؛ لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف دون غيره؛ ولهذا لو رجع لم يكن للغائب أن يحلف.

وهذا حكم الوارث إذا ادعى حقًّا لمورثه، أما إذا ادعي[٢] عليه دين على مورثه، فقد قال القاضي أبو الطيب: شرط سماعها عند تحرير المدعي [به][٣]: أن يدعي أن المورث قد مات، وأنه خلف تركة فيها وفاء بالدين أو بعضه - أي: في يد الوارث- لأنه إذا لم يخلف تركة، لم يلزمه قضاء الدين عنه.

وقال القاضي الحسين في باب موضع اليمين: إنه لا بد أن يقول: إنه خلف في يده تركة مبلغها كذا وكذا؛ حتى لو لم يدع هذا، وادعى التركة مطلقة، لا يقبل.

---

(١) سقط في ص.
(٢) في ص: كان.
(٣) سقط في أ.

وحكى عن الأصحاب أنهم قالوا: لا بد وأن يقول: [وأنت][١] تعلم أن لي عليه[٢] كذا، فلو لم يقله، لم تسمع.

قال: ولعل المعنى فيه: أن الوارث إذا لم يكن عالمًا بالدين، لا يكون مطالبًا مأخوذًا به في الشرع؛ على معنى أنه لا يأثم بالتصرف في التركة، بخلاف ما إذا علم. وهذا الشرط قد ذكره في «الإشراف» أيضًا.

قال: وإن مات رجل، فادعى رجل أنه وارثه لا وارث له غيره، فشهد شاهدان من أهل الخبرة بحال الميت - أي: على قديم الوقت وحدوثه، في حضره وسفره-: أنه وارثه[٣] **لا وارث له غيره** - أي: في علمنا وبينا جهة الوراثة - سلم إليه الميراث؛ لأن ذلك أقصى الممكن في الباب، ويكفي قول الشاهدين: إنهما خبرا باطن حاله، إن لم يعرف الحاكم ذلك؛ كما اعتمد على قولهما في أصل الواقعة.

وإن عرف الحاكم أنهما من أهل الخبرة، لم يستخبرهما، ولا يحتاج الآخذ في هذه الحالة إلى كفيل؛ لأنه لو طولب [به][٤]، لكان قدحًا في بينته.

وقد ادعى الإمام في ذلك حال كون الوارث الابن، الإجماع.

وما ذكره الشيخ من الاكتفاء بالشاهدين هو المنقول في طريق العراق، وفي «الإبانة»: أنه لا بد من ثلاثة؛ وكذا في «الاعتبار»[٥]: اعتبر الثلاثة؛ للخبر المشهور.

قال الإمام: وهذا لا أصل له، ولم يصر إليه أحد من الأصحاب، فإن ذكر هذا اشتراطًا فهو خطأ صريح، وإن ذكره احتياطًا، فالأمر أقرب.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أن تسليم المال إلى الوارث عند قيام الشهادة بأنه لا وارث له غيره وهم من أهل الخبرة مفروض فيما إذا كان الوارث ابنًا، أما إذا كان ابن ابن، أو أخًا، فيسأل القاضي عن حاله في [البلدان التي][٦] سافر إليها؛ كما نقول[٧] في الحالة الثانية، فإن لم يظهر له وارث غيره، سلم إليه المال، وهل يأخذ منه كفيلًا؟ فيه وجهان.

---

(١) سقط في أ.
(٢) في أ: عليك.
(٣) في التنبيه: وارث.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ع: الإعسار.
(٦) في أ: البلد الذي.
(٧) في ص: يفعل.

فرع: إذا قال الشاهد: أشهد أن هذا وارثه، وأقطع بأنه لا وارث له سواه - سألناه عن معنى القطع؟

فإن قال: لا أعلم له وارثًا سواه، قبلناه.

وإن قال: أردت القطع بذلك، قال البندنيجي: قال الشافعي في الإقرار: رجع هذا إلى معنى العلم؛ لأن القطع بهذا محال، ولا ترد[1] به شهادته؛ لأنه أخبر باعتقاد الخطأ، ولم يقصد الكذب؛ وهذا كقوله: لا أعرف له وارثًا سواه؛ وهذا ما جزم به البغوي وغيره.

وحكى ابن أبي الدم وجهًا آخر: أنه لا تقبل شهادته؛ لظهور الكذب.

قال: وعلى هذا هل يصير مجروحًا في غيرها؟ فيه وجهان.

فرع: شهد شاهدان: أنه لا وارث لفلان سوى عمرو، [و][2] شهد آخران: أنه لا وارث له سوى زيد- ثبت أنهما وارثان، ولا تعارض؛ لأن كل بينة ربما اطلعت على ما تطلع عليه الأخرى؛ حكاه الرافعي في الفروع.

قال: وإن لم يقولا: لا نعلم [له][3] **وارثًا غيره، أو قالا ذلك، ولم يكونا من أهل الخبرة، فإن كان ممن له فرض**، أي: لا ينقص عنه بحال، وهما الأبوان، والزوجان - **دفع إليه الفرض عائلًا**؛ عملًا باليقين، واحتياطًا لما عساه يظهر:

فيدفع للزوج الربع عائلًا من خمسة عشر، وهو ثلاثة من خمسة عشر.

وللزوجة ربع الثمن عائلًا من سبعة وعشرين، وهو ثلاثة من مائة وثمانية.

وللأم السدس عائلًا، وهو سهم من عشرة؛ إن كان الميت امرأة، لأنا نقدر أنها ماتت، وخلفت زوجًا، وأختين [لأم][4] وأمًّا. وإن كان رجلًا، كان ما يعطاه سهمين من سبعة عشر سهمًا؛ لأنا نقدر أنه خلف أختين لأب وأم، وأختين لأم[5]، وأمًّا، وزوجة، وللأب سهمان من خمسة عشر.

قال البندنيجي: ولا يؤخذ منه ضمين.

وفي «تعليق» القاضي الحسين وجه آخر: أنه لا يعطى شيئًا قبل البحث؛ كالابن، والأخ. والأصح الأول.

قال: وإن [كان][6] **ابنًا أو أخًا، لم يدفع إليه شيء**:

---

(١) في ص: ترتد.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص: من أم.
(٦) سقط في ص.

أما الأخ؛ فلجواز أن يكون ثم [من][1] يسقطه: كالابن.

وأما الابن؛ فلجواز أن يكون ثم من يزاحمه؛ فلا يعرف قدر ما يصرف إليه.

قال: **ثم يسأل**[2] **الحاكم عن حاله في البلاد التي سافر إليها** - أي: بالمكاتبة إلى [الحكام، والنداء][3] فيها: بأن فلانًا قد مات، فإن كان له وارث فليأت؛ فإنا قاسمو تركته - إلى حد يغلب على الظن أنه لو كان له وارث لظهر.

قال في «الحاوي»: فإن حضرته بينة، جاز أن يسمعها الحاكم من غير دعوى، وعلى غير خصم؛ لأنها بينة على ما قد لزم من الكشف.

قال: **فإن لم يظهر** [له][4] **وارث آخر، فإن كان ممن له فرض، أكمل فرضه**؛ لانفراده بسبب ذلك.

وقيل: لا يكمل [له][5] حتى يشهد شاهدان: أنه لا وارث يحجبه؛ لأنه قد أخذ شيئًا في الجملة؛ فلا يضره وقف الباقي[6].

والمذهب في «تعليق» القاضي أبي الطيب -وهو الصحيح في «الشامل»-: الأول.

وقد قال الإمام بعد حكاية الوجهين عن رواية العراقيين، وصاحب «التقريب»: إنهما كالوجهين في أن الأخ هل يصرف إليه بعد البحث شيء أم لا؟

والمذكور في «الشامل» و«تعليق» [القاضي][7] أبي الطيب: أنهما جاريان على قولنا: يعطى الأخ نصيبه، وأشار إلى الفرق بما ذكرناه من تعليل الوجه الثاني.

قال: **وإن كان ابنًا، سلم إليه المال**؛ لأن الظاهر أنه ليس ثم غيره مع أن الأصل عدم غيره.

ولو كان بدل الابن بنتًا، سلم إليها النصف، والنصف الآخر لبيت المال؛ قاله البندنيجي.

قال: **وإن كان أخًا، فقد** [قيل][8] : **لا يسلم إليه المال**؛ للشك في أصل إرثه؛ وهذا قول ابن سريج؛ كما حكاه الماوردي هنا، ونسبه البندنيجي إلى أبي إسحاق؛

---

(١) سقط في أ.
(٢) في التنبيه: سأل.
(٣) في أ: الحاكم.
(٤) سقط في التنبيه.
(٥) سقط في أ.
(٦) في أ: الثاني.
(٧) سقط في ص.
(٨) سقط في أ.

[وكذا الماسرجسي][(١)] في كتاب الإقرار نسبه إليه وإلى ابن أبي هريرة.

وقيل: يسلم [إليه][(٢)] -**وهو الأصح**- نظرًا للظاهر؛ كما في الابن؛ وهذا قول الجمهور؛ كما حكاه الماوردي، وقال: إن الوجهين يجريان في ابن الابن؛ لأنه يحتمل أن يحجب كالأخ.

وأجراهما البندنيجي في الجد أيضًا.

ثم محل الخلاف في الأخ إذا شهدت البينة بوراثته من أخيه، أما إذا شهدت بأنه أخوه، وسكتت عن وراثته - فقد حكى الإمام عن العراقيين: أنهم قالوا: لا يسلم إليه شيء [إلا][(٣)] بعد الخبرة وجهًا واحدًا؛ فإن سكوتهم عن الوراثة يورث ريبًا، ويشعر بأنهم يعرفون له حاجبًا. ثم قال: وهذا ليس بشيء. والوجه: أن تُختبر، ثم يجري الوجهان، كما قدمنا.

وقد نسب القاضي أبو الطيب ما حكاه الإمام عن العراقيين إلى ابن سريج، وأنه قال: لو شهدت البينة بالبنوة، ولم تذكر أنه وارث، صرفنا إليه إذا لم يكن ثم حاجب بعد الكشف.

وأورده ابن الصباغ، ولم ينسبه إلى أحد.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: أنه لو جاء رجل، وادعى على رجل بأن فلانًا مات، وأنا ابنه، وشهد شاهدان بأنه ابنه - فظاهر المذهب: أن هذه الشهادة لا تسمع؛ لأنه يجوز أن يكون ابنًا له، ولا يكون وارثًا، ومن أصحابنا من قال: تسمع؛ لأن الظاهر من حال الابن أنه وارث.

قال: ويستحب أن يؤخذ منه[(٤)]، أي: من الآخذ بحكم البحث، لا بحكم البينة كفيل؛ لاحتمال ظهور وارث آخر، وإنما لم يجب؛ لأن الظاهر عدم غيره، ولأنها وثيقة [بغير مطالب][(٥)]؛ وهذا ما نص عليه في الإقرار.

وقيل: يجب؛ ليكون نفوذ الحكم على الأحوط؛ وهذا ما حكاه المزني هنا؛ حيث قال: طالبه بكفيل.

وقد جمع بعض الأصحاب بين النصين، وأثبت في المسألة قولين.

---

(١) في ص: وكذلك الماوردي.
(٢) سقط في التنبيه.
(٣) سقط في أ.
(٤) زاد في ص: كفيل.
(٥) في أ: مطالبه.

وبعضهم امتنع من حكاية الخلاف في المسألة، وحمل النصين على حالين؛ [ولذلك][(١)] قال الشيخ:

وقيل: إن كان ثقة، استحب؛ للسكون إلى أنه لا يضيع حق من يظهر، وإن كان غير ثقة وجب؛ خوفًا من تضييعه حق من يظهر.

قال: والأول أصح؛ لأنه ظهر له الحق؛ فلا يطالب بكفيل.

وفي «الحاوي» طريقان آخران في الحمل:

أحدهما - وقد أورده البندنيجي وغيره-: أنه إن كان ممن لا يحجب، استحب؛ وإن كان ممن يحجب وجب.

والثاني: إن كان موسرًا ذا مال ظاهر، لم يجب، وإن كان معسرًا وجب.

وفي «تعليق» القاضي الحسين: [أنه][(٢)] إن كان ممن يحجب، وجب قولًا واحدًا، وإلا فوجهان.

وقال الفوراني: الصحيح: أن في مطالبتهما جميعًا قولين؛ لأن الابن يحجب حجب نقصان؛ كما يحجب الأخ حجب حرمان.

فإن قيل: ألستم تقسمون مال المفلس بين غرمائه بعد إشاعة أمره من غير ضمين مع جواز ظهور غريم آخر، فما الفرق؟

قيل: الفرق أن حقوق الغرماء متحققة، وحقوق هذا الوارث غير متحققة.

قال الماوردي: ثم إذا دفع إليه الحاكم المال على ما وصفنا، كتب قضية ذكر فيها: أنه دفع المال إليه بعد الكشف الظاهر من غير حكم قاطع بأمر الاستحقاق؛ ليكون إن ظهر له شريك في الميراث غير مدفوع بنفوذ الحكم عليه بإبطال حقه منه؛ ليتمكن من المطالبة وإقامة البينة.

قال: ومن وجب له حق على رجل، وهو مقر، أي: في الظاهر، غير مماطل - لم [يجز أن][(٣)] **يأخذ من ماله [بغير إذنه]**[(٤)]؛ لأن له الخيار فيما يقضي به الدين من أي[(٥)] أمواله شاء؛ فلا يجوز إبطاله عليه، فلو خالف وفعل كان آثمًا، ويجري على

---

(١) في أ: فكذلك، وسقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في التنبيه.
(٤) في التنبيه: إلا بإذنه.
(٥) زاد في أ: من.

آخذه حكم الغاصب؛ فيجب [عليه][(١)] رده، ولو كان من جنس دينه، ولا يكون تقاصًا[(٢)] وإن رأينا التقاص؛ لأنه يختص بما في الذمم دون الأعيان؛ لمعنيين ذكرهما القاضي أبو الطيب:

أحدهما: أنهما[(٣)] إذا كانا في الذمة، فلا فائدة لأحدهما بمطالبة الآخر بما [له][(٤)] في ذمته، بخلاف العين؛ لأنه يجوز أن يكون له فيها غرض صحيح، مثل: أن تكون تذكرة من صديق له، أو ميت له، أو يعلم أنها حلال طلق؛ فيجب صرفها في غير ذلك الوجه؛ فلأجل غرضه منعنا غريمه من أخذها بغير اختياره.

والثاني: أن التقاص إبراء؛ بدليل أنه لا يفتقر إلى إيجاب وقبول؛ كما لا يفتقر الإبراء إليهما، وقد أجمعنا على أن الإبراء لا يصح إلا بما في الذمة؛ فكذلك التقاص.

نعم، لو تلف المأخوذ في يد الآخذ، وكان من الجنس جرى التقاص حينئذ.

قال: وإن كان منكرًا، أي: في الظاهر؛ كما قاله البندنيجي وابن الصباغ، وله بينة - فقد قيل: يأخذ[(٥)]؛ لأن هندًا قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وإنه لا يعطيني ما يكفيني وولدي [إلا ما أخذت منه سرًّا؟ فقال لها رسول الله ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف][(٦)]»[(٧)]، فأذن لها في الأخذ مع القدرة عليه بالحاكم؛ لأن وجوب ذلك عليه ظاهر.

ولأن في حضور الشهود وتعديلهم عند الحاكم، وسماع البينة -تطويلًا ومشقة، وربما كان فيه غرر؛ لأن الشهود ربما جرحوا.

وقيل: لا يأخذ[(٨)]؛ لأن البينة حجة يمكنه أن يأخذ حقه بها[(٩)]؛ فكانت بمنزلة إقراره بالدين وهو مماطل؛ كذا قاله أبو الطيب، ومقتضاه: أن المقر المماطل لا يجري فيه الخلاف المذكور، وهو [ما][(١٠)] صرح به الإمام والغزالي.

وفي «الحاوي» و«الرافعي» التسوية بين المقر المماطل، والمنكر الذي عليه البينة

---

(١) سقط في ص.
(٢) في أ: قصاص.
(٣) في ص: أنه.
(٤) سقط في ص.
(٥) في التنبيه: يؤخذ.
(٦) سقط في أ.
(٧) تقدم.
(٨) في المتن: يؤخذ.
(٩) في أ: منه.
(١٠) سقط في أ.

في إجراء[1] الخلاف في جواز الأخذ، لكن الماوردي خص الخلاف فيهما بما إذا كان المأخوذ من غير الجنس، [وقال فيما إذا كان من الجنس][2]: إنه يجوز وجهًا واحدًا؛ لأن إحواجه إلى المحاكمة عدوان من الغريم، وكلام الشيخ الآتي من بعد يقتضي إجراء الخلاف في الحالين.

ثم ما الصحيح من الوجهين في مسألة الكتاب؟

الذي يقتضيه كلام الماوردي: أنه الأول؛ لأنه قال: [إن القائل به هو الذي رأى أن له البيع][3] بنفسه.

ومقابله: رأي من قال: [إنه][4] لا يبيع بنفسه.

وقد صرح بأن الصحيح الأول القاضي أبو الطيب؛ كما قال الرافعي، وتبعه المصنف والروياني وصاحب «المرشد» والفوراني[5].

وفي «الرافعي»: أنه يروي عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة، وهذه الرواية إن صحت كان فيها مخالفة لما قاله الماوردي؛ لأن ابن أبي هريرة من القائلين بأنه لا يبيع بنفسه.

قال: وإن كان منكرًا، ولا بينة له - فله أن يأخذ؛ لعجزه عن حقه إلا بأخذه بنفسه.

قال الماوردي والبندنيجي وابن الصباغ وغيرهم: وهكذا لو كانت له بينة، وعجز عن الأخذ؛ لقوة سلطان الغريم.

وعن القفال في مسألة الكتاب: أنه ليس له الأخذ، بل يقتصر على التحليف.

وعلى الأول: لو كان صاحب الحق يرجو إقراره لو حضر عند القاضي، وعرض عليه اليمين -وجب إحضاره، ولم يجز له الأخذ إن قلنا: إنه لو كان مقرًّا مماطلا؛ لم يجز له الأخذ؛ قاله الرافعي[6].

---

(١) في أ: آخر.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) في ص، أ: والنواوي.
(٦) قوله: ولو كان من عليه الحق منكرًا ولا بينة له، فله أن يأخذه لعجزه عن حقه، وقال القفال: ليس له الأخذ، بل يقتصر على التحليف، وعلى الأول لو كان صاحب الحق مرجوًّا إقراره لو =

قال: وإن[١] **كان** - [أي:][٢] المأخوذ - من غير جنس حقه، باعه بنفسه - أي: من غير حاكم- لأنه قد يتعذر [عليه][٣] إثبات حقه عند الحاكم، فوليناه بيعه بنفسه؛ لأجل الضرورة؛ كالآخذ؛ وهذا قول أكثر الأصحاب في «الحاوي».

وفي «تعليق» القاضي أبي الطيب و«الشامل» نسبته إلى الإصطخري.

وقال البندنيجي: إنه المنصوص.

وقيل: يواطئ من يقر له بحق عند الحاكم، وأنه ممتنع؛ ليبيع الحاكم عليه؛ لأنه لا ولاية له على الغريم، ولا نيابة، وللحاكم الولاية على الممتنعين بغير حق؛ فكان له سلوك هذه الطريق؛ توصلا إلى استيفاء حقه؛ وهذا قول ابن أبي هريرة.

وما ذكره الشيخ من تصويره موافق لما أورده القاضي أبو الطيب والبندنيجي وابن الصباغ عنه؛ فإنهم حكوا عنه أنه قال: يواطئ رجلا يحضر معه مجلس الحكم، ويقر له بدين، وأن المال الذي في يده رهن عنده بما له عليه من الدين، ويمتنع من بيعه؛ حتى يبيع الحاكم عليه، ويوفيه الثمن.

وفي «الحاوي»: أن ابن أبي هريرة صور ذلك بأن يأتمن رجلا، ويحضره إلى الحاكم، ويدعي عليه أن له دينًا على غريم، وقد ائتمن هذا على ما في يده أن يبيعه [في ذمتي][٤]، وأسأل إلزامه ببيع ذلك، وإلزامه قضاء ديني من ثمنه[٥]،

= حضر عند القاضي وعرض عليه اليمين وجب إحضاره، ولم يجز له الأخذ إن قلنا: لو كان مقرًّا مماطلًا لم يجز له الأخذ. قاله الرافعي. انتهى كلامه.
وهذا الذي عزاه إلى الرافعي واقتضى كلامه عدم الوقوف عليه من كلام غيره كما هو اصطلاحه عند الاقتصار عليه قد صرح به القفال كما حكاه عنه في «البحر» وحينئذٍ، فكيف يجامع أيضًا هذا النقل لما نقله عنه المصنف في أول المسألة؟ [أ و].

(١) في التنبيه: فإن.
(٢) سقط في ص.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في ص.
(٥) قوله: فإن كان المأخوذ في الظفر من غير جنس حقه باعه بنفسه، وقيل: يواطئ من نقر له بحق عند الحاكم وأنه ممتنع، أي: وهذه السلعة له؛ فتتبع الحاكم عليه، وهذا الثاني هو قول أبي علي ابن أبي هريرة، والتصوير الذي ذكره الشيخ نقله عنه جماعة، وفي الحاوي عنه أن طريقه أن يدعي عليه أن له دينًا على غريم وقد ائتمن هذا على ما في يده أن يبيعه في ديني، وأصل إلزامه ببيع ذلك وبقضاء ديني من ثمنه، فيعترف المدعى عليه بذلك. انتهى كلامه.
وفيه أمران، أحدهما: أن ما نقله عن ابن أبي هريرة من ذهابه إلى الوجه الثاني وهو بيع الحاكم عليه ليس كذلك، بل اختياره الأول، فإنه حكى وجهين وصححه وعبر بلفظ الأصح، ثم إنه لما ذكر الوجه الثاني صوره بالتصوير الأول فاعلمه. كذا رأيته في اختصار شرحه على المختصر =

[ويعترف الحاضر][(١)] بما ادعاه من الدين وائتمانه على ما في يده؛ ليباع في دينه؛ فيأمر الحاكم ببيعه.

قال: والأول أصح؛ لأن في هذه المواطأة فجورًا وغرورًا؛ فإن الحكم وإن وقع موافقًا لما في نفس الأمر، فسببه في الظاهر باطل، ولا يجوز سلوك[(٢)] مثل ذلك ليقع الحاكم فيه؛ كما نقول فيمن ظاهره العدالة، وهو فاسق: لا يحل له الإقدام على الشهادة بحق عند من يراه عدلًا؛ لهذا المعنى.

وما ذكره ابن أبي هريرة من أنه ليس بوالٍ ولا نائب، فجوابه: أن الإذن قد يسقط عند تعذره؛ كما تؤخذ الزكاة ممن هي عليه، ولا يؤديها، ويسقط إذنه.

وفي «التهذيب» موافقة الشيخ على التصحيح إذا لم يكن للآخذ بينة، أما إذا كانت، قال: فظاهر المذهب: أنه لا يبيعه إلا بإذنه[(٣)].

وقد سلك المراوزة في حكاية الخلاف في البائع طريقًا آخر، فقالوا: أحد الوجهين: أن الظاهر [أن][(٤)] يبيع بنفسه.

والثاني- وهو ما اقتضى إيراد الغزالي في «الوجيز» ترجيحه-: أنه يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليبيع بعد إقامة البينة على استحقاق المال.

قال الشيخ أبو محمد في «السلسلة»: وهما مبنيان على أن ملتقط اللقيط إذا وَجَد معه مالا مشدودًا على ثوبه، وأراد أن ينفقه عليه - فهل له ذلك استقلالًا، أم[(٥)] يرفع

= الذي علقه عنه أبو علي الطبري صاحب الإفصاح، والمسألة فيه مذكورة قبل كتاب العتق، الأمر الثاني أن إطلاق تجويز الأخذ من غير الجنس محله إذا لم يجد أحد النقدين؛ فإن وجده بعين ولم يعدل إلى غيره. كذا نقله المصنف في المطلب عن التتمة، ولم ينقل خلافه وارتضاه، وهو واضح. [أ و].

(١) في أ: ويعرف.

(٢) في أ: تناول.

(٣) قوله: وفي التهذيب الموافقة على تصحيح الاستقلال إذا لم يكن للأخذ بينة، أما إذا كانت قال، فظاهر المذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه. انتهى كلامه.
وهذا النقل عن التهذيب فيه إسقاط وتغيير، فإنه قال: إن كان الحاكم عالمًا بالحال لا يبيعه إلا بإذنه على ظاهر المذهب، وإن كان جاهلًا ولا بينة له باعه بغير إذنه؛ لأنه إذا أقر بين يدي الحاكم: أني أخذت مال فلان بحق لا يصدقه أي: الحاكم بغير حجة. هذه عبارته، وهكذا نقلها عنه الرافعي أيضًا وحاصلها أن استيدان الحاكم إنما ذكره مع علمه، وأما مع وجود البينة فلم يذكره فيها، بل سكت عنه ولم يصرح بحكمه، فحذف المصنف مسألة علم القاضي، وجعل الاستيدان محله عند وجود البينة. [أ و].

(٤) سقط في ص.

(٥) زاد في أ: لا.

الأمر إلى القاضي؟ ويحكى [مثل][(١)] هذا عن القفال.

قلت: وعلى هذا الطريق ينطبق قول الماوردي فيما إذا كان له بينة، هل يأخذ غير جنس حقه؟ فيه وجهان: من جوز له البيع [بنفسه][(٢)]، جوز له الأخذ، ومن منعه من البيع؛ لم يجوز؛ لأنه لا فائدة في الأخذ إذًا؛ فإنه يحتاج إلى أن يرفع الأمر إلى القاضي، ويقيم البينة على استحقاق المال.

وقد حكى الرافعي عن رواية الشيخ أبي حاتم القزويني وجهين في أن القاضي هل يأذن [له][(٣)] في البيع، أو يفوضه إلى غيره.

وإذا قلنا بالأصح في الكتاب، فإذا باع فلا يبع إلا بنقد البلد إن كان حقه من جنسه، فإن كان [الثمن][(٤)] قدر حقه أخذه، وإن كان أقل من حقه فكذلك، ويبقى الباقي [له][(٥)] في ذمة الغريم.

وإن [كان][(٦)] أكثر من حقه: إما لبيعه بأكثر من ثمن مثله، وإما لكونه لم يقدر على أخذ شيء إلا وقيمته أكثر من حقه، ولم يتمكن من بيع بعضه؛ لعدم تجزئه[(٧)] - أخذ قدر حقه، ورد الباقي عليه بطريقه، فإن لم يقدر على إعطائه له، حفظه عليه.

ولو كان حقه من غير نقد البلد، مثل: البر، والشعير- فعن طائفة من المحققين: أنه يبيع بجنس حقه؛ خشية من التطويل.

قال الإمام: وهو حسن.

ومنهم من قال: لا يبيع إلا بنقد البلد[(٨)]، ويشتري بالثمن جنس حقه، فلو كان حقه دراهم مكسرة، ووجد دراهم صحاحًا - باع بالذهب وإن كان غير نقد البلد؛ للضرورة.

ولو أراد من جوزنا له البيع أن يتملك المأخوذ بحقه، فالذي أورده البندنيجي وابن الصباغ والمصنف: المنع؛ لأنه يؤدي إلى أن يبيع من نفسه، وتلحقه التهمة فيه.

وقيل: يجوز.

قال الإمام: وهو غير معتد به. وإيراد الغزالي يفهم أن القائل بجواز التملك

---

(١) سقط في ص.
(٢) سقط في أ.
(٣) سقط في أ.
(٤) سقط في أ.
(٥) سقط في أ.
(٦) سقط في أ.
(٧) في أ: تجربة.
(٨) في ص: الثمن.

لا يجوز البيع له.

وكل هذا إذا لم يقدر على الأخذ من جنس حقه، فإن قدر على جنس حقه، لم يأخذ غير جنسه؛ وهذا ما جزم به الماوردي وغيره، فإن خالف واحد؛ كان عاصيًا.

وقيل: لا يجوز أخذ غير الجنس وإن لم يقدر إلا عليه؛ حكاه الإمام والفوراني قولًا؛ فعلى هذا: لو كان حقه دراهم مكسرة[1]، فظفر بدراهم صحاحًا، فهل له أخذها؟ فيه وجهان، أصحهما: نعم.

وقيل: يجوز أن يأخذ غير الجنس وإن قدر على الجنس؛ حكاه في «التهذيب» وجهًا.

والذي حكاه العراقيون والماوردي: الأول، واستدلوا بجواز أخذ [غير] الجنس وإن كان من غير الأثمان بقصة هند؛ فإن لها من الحقوق المختلفة ما يعلم تعذر وجود جنسها في مال أبي سفيان.

ومحل القولين[2] بمنع أخذ [غير][3] الجنس إذا كان الغريم مصدقًا لملكه له، أما إذا كان الغريم منكرًا؛ لكونه ملكًا له، جاز أخذه وجهًا واحدًا؛ صرح به[4] الإمام في كتاب الوكالة، وقال: إنه مقطوع به، فليفهم الناظر ذلك.

وقد حكيت في باب الوكالة عن الأصحاب الخلاف فيه [أيضًا][5].

قال: وإن[6] **تلفت العين في يده، تلفت**[7] **من ضمانه**؛ لأنه أخذ العين بغير إذن مالكها لغرض نفسه؛ فكانت من ضمانه؛ كما لو اضطر [إلى][8] طعام الغير، فأخذ منه، وهذا ما اختاره في «المرشد».

فعلى هذا قال البندنيجي: إن كان ثمنها من جنس حقه، كان قصاصًا على المذهب الصحيح.

وقيل: تتلف من ضمان الغريم؛ لأنه استحق أخذها وصرف ثمنها في دينه؛ فأشبهت المرهون؛ وهذا أصح عند الروياني، كما قال الرافعي.

فعلى هذا له أن يأخذ غيرها، وقد رجع حاصل الخلاف إلى أن يده على المأخوذ

---

(١) في ص: مكسورة.
(٢) في أ: القول.
(٣) سقط في ص.
(٤) في ص: بذلك.
(٥) سقط في ص.
(٦) في التنبيه: فإن.
(٧) في التنبيه: تلف.
(٨) سقط في أ.

من غير [جنس الحق][(١)] قبل البيع: يد ضمان، أم يد أمانة؟ ومحلهما -كما قال الماوردي- إذا لم يتمكن من بيعها، فإن تمكن، واستبقاها، ضمنها وجهًا واحدًا.

وسلك الإمام طريقًا آخر، فقال: إذا ظفر بغير جنس حقه، وقيمته قدر حقه، وتلف في يده -ضمنه وجهًا واحدًا.

ولو لم يقدر إلا على أخذ ما تزيد قيمته على قدر حقه، فهل يدخل الزائد في ضمانه؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم؛ كالأصل.

والثاني: لا؛ لأنه لم يأخذه بحق نفسه.

ولهذه المسألة فروع:

لو لم يتمكن من الأخذ إلا بثقب الجدار، قال القاضي الحسين: جاز له، ولا ضمان عليه؛ كما [في][(٢)] دفع الصائل.

قال الرافعي: ونقل بعضهم وجهًا: أنه يضمن.

ولو أخذ ثوبًا قيمته عشرة [وحقه عشرة][(٣)]، فبقي الثوب في يده حتى بلغت قيمته عشرين - فتلك الزيادة محسوبة عليه، وإن انتقصت قيمة الثوب.

فإن كان البيع ممكنًا، فالنقص محسوب عليه؛ إن لم يرد العين لتلف أو بيع، وإن ردها فلا شيء عليه.

وإن لم يتمكن من البيع، ثم أمكن؛ خرج على الوجهين.

ولو غصب إنسان عينًا من إنسان، وظفر المغصوب منه بعين للغاصب[(٤)] والامتناع قائم - قال الإمام: فله أن يأخذها، ويبيعها، وينتفع بقيمتها؛ كما لو أبق العبد المغصوب. ثم قال: فإذًا البيع بنفسه ظاهر المذهب.

وإذا رد الغاصب العين؛ رد الظافر قيمة العين[(٥)].

---

(١) في ص: الجنس.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في أ.

(٤) في أ: الغاصب.

(٥) قوله: ولو غصب إنسان عينًا من إنسان، وظفر المغصوب منه بعين للغاصب، والامتناع قائم، قال الإمام: فله أن يأخذها ويبيعها وينتفع بقيمتها كما لو أبق العبد المغصوب، ثم قال ما نصه: فإذن، البيع بنفسه ظاهر المذهب، وإذا رد الغاصب العين رد الظافر قيمة العين. انتهى كلامه بحروفه.
وتعبيره بقوله، «ثم قال» إلى قوله: «وإذا رد» تعبير فاسد، وفساده واضح، والإمام عبر بقوله: «فإذن ظاهر المذهب أن الظافر لا يبيع بنفسه» هذه عبارته؛ فأفسدها المصنف بالتقديم والتأخير والإسقاط. [أ و].

ولو كان لإنسان على آخر دين، فقال: اشتريت منك دارك بذلك الدين، وقبضتها، فأنكر - جاز لصاحب الدين[(١)] المطالبة به؛ قاله الرافعي في آخر الخلع.

ولو كان لإنسان على شخص دين، وعليه لذلك الشخص دين [آخر][(٢)]، فإن لم يجر التقاص إلا بالتراضي، وجحد أحدهما صاحبه، وحلف - فهل للآخر أن يجحد؟ فيه وجهان.

ولو كان للمجحود على الجاحد دين آخر قد قبضه، وله بينة بأصل الدين - فله إقامة البينة، وطلب ذلك الدين؛ كما قاله القاضي أبو سعد.

وعن «فتاوى» القفال: لا؛ لأنهم لو شهدوا، وقال المدعى عليه: إني قضيت[(٣)] ما [شهدت بينته به][(٤)]، وطلب يمينه -لم يكن له أن يحلف؛ وذلك يدل على أن ما شهد به غير ما يدعيه.

ولو كان للجاحد أو المماطل على شخص دين، فيجوز للمجحود دينه أن يأخذ من مال مديون الجاحد قدر دينه، ولا يمنع من ذلك رد الجاحد، وإقرار المدين له، ولا تكذيب المدين للمدعي على الجاحد؛ كذا قاله الرافعي.

وقد نجز شرح مسائل الباب، ولنختمه بفروع تتعلق به:

أحدها: إذا اختلف الزوجان فيما في البيت، كان بينهما، إلا ما اختص به أحدهما، وثبتت يده عليه حسًّا أو شرعًا، ويحلف كل واحد منهما على ما في يده، ولا فرق في ذلك بين أن يكون ما في البيت يصلح لهما، أو لا يصلح إلا للنساء، أو الرجال، سواء كانا مقيمين على الزوجية أو قد حصل الفراق.

وكذا لو كان الاختلاف بين ورثتهما، أو بين ورثة أحدهما وبين الآخر.

الفرع الثاني: إذا ادعى دارًا في يد رجل، وقال: إنها ملكي، وأنت مبطل في استيلائك، وعليك ردها عليّ، فقال المدعى عليه: لا يلزمني التسليم إليك، فأقام المدعي بينة على أن الدار ملكه، ولم تتعرض البينة لأكثر من إثبات الملك للمدعي - قال القاضي: ثبت الملك، ويكفي ثبوته، ويقال للمدعى عليه: إن أثبت

---

(١) في أ: الدار.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: قبضت.
(٤) في ص: شهدت به بينة.

استحقاقًا من استئجار، أو ارتهان، فادَّعِ وأثبت، وإلا فحكم الملك استيلاء المالك باسترداد الملك من يدك.

قال الإمام: وهذا فيه نظر؛ فإن البينة لم تشهد إلا على الملك، والملك لا ينافي استحقاق يد المدعى عليه؛ فلم تقم البينة على وجه يوجب إزالة اليد، وهذا عندي يقرب مأخذه من أن المالك وصاحب اليد إذا تنازعا في [الإعارة، والإجارة][١] فالقول قول من؟

فإن جعلنا القول قول المالك؛ فيكفي ثبوت الملك هنا، ثم باب الدعوى مفتوح لصاحب اليد، والقول قول المالك.

وإن جعلنا القول قول صاحب اليد، فلا تزال يده ما لم تتعرض البينة لكون صاحب اليد مبطلا.

قال ابن أبي الدم: وما ذكره القاضي صحيح عندي، ولا يمكن فرض خلاف فيه في المذهب، وقاعدة المذهب تقتضيه، وليس كمسألة الإجارة التي ذكرها الإمام والخلاف فيها، والإشكال الذي ذكره ضعيف جدًّا، وبيانه: أن بينة الخارج موجبة لتقدمه شرعًا على يد الداخل إذا لم تقم له بينة بملك ولا بيد سابقة - مثلًا - ولا بأمر يعارض بينة الخارج.

وكون العين المدعى بها في يد الداخل لا يعارض مجرد هذا بينة الخارج إجماعًا، وإمكان كونها مستأجرة منه أو مرهونة عنده لا يقاوم بينة الخارج إذا سكت ذو اليد عن دعوى ذلك بلا خلاف أيضًا.

نعم، لو ادعى ذو اليد أن العين [بيده][٢] بإجارة، صدق على أحد الوجهين بدعواه، أما عند سكوته فلا ذاهب إليه، ولا نعرف فيه خلافًا، والدليل على صحة ما ذكرناه: أنه لو ادعى عليه ثمن مبيع باعه منه، وسلمه إليه، فأجاب بالابتياع، وقبضه المبيع، وأن الثمن ما ذكره البائع للمدعي[٣]، وقال: لا يلزمني تسليم الثمن إليه، أو: ما يستحق عليَّ هذا الثمن، ولا شيئًا منه - فهذا لا يسمع منه إجماعًا وإن أمكن براءته منه.

---

(١) في ص: الإجارة والإعارة.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: المدعي.

وهكذا لو ادعى عليه: أنه أتلف عليه ثوبًا قيمته عشرة دراهم تعديًا، أو خطأ بغير إذن المالك، وطالبه بقيمته، فقال مجيبًا: أتلفته بغير إذنك وهو ملكك، ولكن ما تستحق عليّ قيمته ولا شيئًا منها - فلا يسمع منه أيضًا إجماعًا مع إمكان الإبراء.

ولو قالت: تزوجني[1] تزويجًا صحيحًا بولي مرشد وشاهدي عدل، على صداق مائة دينار، وسلمت نفسي إليه، ودخل بي، فقال مجيبًا: تزوجتها [كذلك على ما ذكرت][2]، ودخلت بها، ولكنها[3] ما تستحق علي هذا الصداق ولا شيئًا منه - فلا يسمع منه على المذهب الصحيح.

وحكي فيه وجه عن الشيخ أبي عاصم العبادي في «فتاويه»: أنه يسمع منه، والقول قوله في نفي الصداق، ولم يذكره أحد من الأصحاب في كتب المذهب، ولا ذكره الشيخ أبو عاصم في إنكار الثمن في البيع.

والسبب في عدم قبول إنكاره مع إمكان البراءة: أنه اعترف بالسبب الشاغل لذمته؛ فلا يسمع منه نفيه إلا بدعوى قبض أو براءة؛ فهكذا في مسألتنا قيام البينة للخارج بسبب ظاهر في ثبوت الملك له، وترجيح [جانبه][4]، فإذا انضم إليه تصديق الداخل بها، تأكد الظهور، وقوي جانب المشهود له بالملك، واعترف بما يوجب عليه التسليم إليه؛ فيلزمه التسليم قولًا واحدًا، وإن ادعى ناقلا فعليه بيانه، أو ما يقتضي إبقاءه في يده فعليه إظهاره، أو إثباته[5] قولًا واحدًا، أو إظهاره والدعوى به على أحد الوجهين إن كان إجارة.

قلت: وكلام الأصحاب في الوديعة يدل على ما قاله ابن أبي الدم؛ حيث قالوا: لو ادعى وديعة، فقال: ما لك عندي شيء، فأقام المودع بينة بالإيداع، فقال: أودعني ولكنها هلكت - قبل قوله؛ فلو لم تكن إقامة البينة بالإيداع موجبة للمطالبة بالتمكين من الوديعة؛ لما احتاج المودع إلى دعوى التلف.

وكذا قول من قال من أصحابنا إذا مات المودع، ولم توجد الوديعة في تركته: إنه يضمن، فلو لم يكن مجرد الإيداع يقتضي وجوب الرد والمطالبة به، ودعوى التلف والرد هي المسقط للضمان -لما ضمنه؛ لأنه يحتمل التلف.

---

(١) في أ: تزوجت.
(٢) سقط في أ.
(٣) في أ: إليها.
(٤) سقط في أ.
(٥) في أ: بيانه.

نعم، الخلاف المشهور فيما إذا اختلف المالك ومن في يده العين في الإجارة والإعارة، هل المصدق المالك أو الآجر في استحقاق الأجرة أو قيمة العين، أو نفي[(١)] ذلك، لا في أنه يصدق في عقد الإجارة حتى يتمكن من استيفاء المنافع إذا كان الاختلاف في أول المدة أو انتهائها؛ وحينئذ فلا يتجه التخريج المذكور منهما، والله أعلم.

الفرع الثالث: إذا كانت[(٢)] في يد شخص دار، فتنازع فيها نفسان، فقال أحدهما: كلها [لي][(٣)]، وأقام على ذلك بينة، وقال الآخر: نصفها له، وأقام على ذلك بينة تعارضت البينتان في أحد النصفين، دون الآخر.

فإن قلنا بالتساقط، فكأن لا بينة في النصف المتعارض فيه، وهل تبطل الشهادة في النصف الآخر؟ قال ابن سريج: فيه وجهان؛ كما لو ردت الشهادة في بعض ما شهدت به للتهمة؛ فإن في [الباقي قولين][(٤)].

قال الشيخ أبو حامد: وهذا سهو منه، بل لا يرد هاهنا في النصف الآخر قولًا واحدًا، ويسلم لمدعي الكل؛ لأن سقوطها هاهنا بالتعارض، وهو لا يسقطها فيما بقي. وهذا ما أورده الماوردي، وقال: إن يد الثالث هل تزال عن النصف الآخر إذا كان يدعي الدار ملكًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لسقوط البينتين بالتعارض.

والثاني: تزال؛ لاتفاق البينتين على عدم ملكه، وليس تعارضهما في حقه، وإنما تعارضهما في حق المتنازعين.

ولو لم يكن من في يده العين قد ادعاها ملكًا لنفسه، نزعت يده، ووقفت للمتنازعين، وهكذا على الوجه الثاني في المسألة السابقة، فإن حلفا جعل بينهما؛ فيكمل لمدعي الكل النصف والربع، ويكون لمدعي النصف الربع لا غير.

وإن نكلا، حكم لمدعي الكل بالنصف، وبقي [النصف][(٥)] الآخر موقوفًا، فإن[(٦)] حلف أحدهما، ونكل الآخر، قُضي به للحالف؛ وهذا كله على قول التساقط.

---

(١) في أ: هي.
(٢) في ص: كان.
(٣) سقط في ص.
(٤) في أ: الثاني قولان.
(٥) سقط في ص.
(٦) في أ: وإن.

وإن قلنا بالاستعمال، لم يخف التفريع.

الفرع الرابع: إذا شهد شاهدان بأن خالدًا سرق من زيد في وقت كذا، وشهد آخران: أنه سرق في ذلك الوقت من عمرو - فإن قلنا بالتهاتر فلا قطع، وإن قلنا بالاستعمال، قال القاضي في «الفتاوى»: فلا يجيء قول القرعة، والوقف، ويجيء قول القسمة، فإن بلغ نصيب كل واحد منهما نصابًا، قطع، وإلا فلا.

الفرع الخامس: إذا كانت دار في يد ثلاثة: فادعى[(١)] أحدهم أن نصفها ملكه، وباقيها في يده وديعة أو مستأجرًا من فلان الغائب، وادعى الثاني: أن ثلثها له، وباقيها في يده [وديعة][(٢)] لفلان الغائب، وادعى الثالث: أن سدسها له، وباقيها في يده لفلان الغائب، ولا بينة -فيحلف كل واحد منهم لصاحبيه[(٣)] على ما يدعيه، وتبقى اليد: فصاحب النصف يده على الثلث فهو له، وصاحب الثلث يده على الثلث [فهو له][(٤)]، وصاحب السدس يده على الثلث، وهو[(٥)] يدعي السدس، ويقر بالباقي للغير؛ فيقبل قوله.

ولو أقام كل واحد منهم[(٦)] البينة على قدر ما يدعيه منها ملكًا؛ أعطي صاحب الثلث الثلث؛ لأن له بالثلث يدًا وبينة، ويعطى صاحب النصف الثلث؛ لأن له به يدًا وبينة، ويقضى[(٧)] لصاحب السدس بالسدس[(٨)]؛ لأن له [به][(٩)] يدًا وبينة، وبقي هناك سدس في يد صاحب السدس، ولا بينة له، وصاحب النصف يدعي السدس، ففيما يفعل[(١٠)] معه وجهان في «تعليق» البندنيجي:

أحدهما: يدفع ذلك السدس إليه.

والثاني: يدفع له نصف ذلك السدس، ويبقى نصفه في يد صاحب السدس؛ لأن صاحب النصف، قضي له بالثلث الذي[(١١)] يده عليه، وبقي من الدار الثلثان: الثلث منهما في يد صاحب الثلث، والثلث الآخر في يد صاحب السدس، وهو يدعي عليهما معًا السدس؛ بدليل: أنهما لو أنكرا؛ حلف له كل واحد منهما؛ فلهذا جعلنا

---

(١) في أ: ادعى.
(٢) سقط في ص.
(٣) في أ: لصاحبه.
(٤) سقط في ص.
(٥) في ص: هي.
(٦) في ص: منهما.
(٧) في أ: يعطى.
(٨) في أ: السدس.
(٩) سقط في أ.
(١٠) في أ: يعمل.
(١١) زاد في أ: في.

السدس بين صاحب النصف والسدس.

الفرع السادس: إذا كانت الدار في يد ثلاثة، فادعى أحدهم ملك جميعها، وأقام عليه بينة، وادعى آخر ملك نصفها، وأقام عليه بينة، وادعى الآخر ملك ثلثها، ولا بينة له- سلم لصاحب النصف الثلث؛ لأن له عليه يدًا وبينة، ولصاحب الثلث الثلث -أيضًا- لأن له عليه يدًا وبينة، والثلث الذي في يد الآخر لا بينة له عليه، وقد قامت بينة صاحب -الكل على استحقاقه، وبينة صاحب النصف على استحقاق نصفه - فلا تعارض في نصفه - وهو السدس - فيسلم لمدعي الكل، ووقع التعارض في السدس الآخر، فإن قلنا بالتساقط سلم لمن هو في يده، وإلا جاءت أقوال الاستعمال فيه.

قلت: ويجيء في ذلك الوجه الذي حكيناه عن ابن سريج في أن البينة إذا لم تسمع في بعض ما شهدت به - لأجل التعارض - تسقط بجملتها على قولٍ؛ فعلى هذا تكون الدار بينهم أثلاثًا بعد أيمانهم، لكن الأصحاب لم يذكروه؛ لضعفه عندهم، والله أعلم.

* * *

فهرس المحتويات

* * *

KIFĀYAT AL-NABĪH ŠARḤ AL-TANBĪH

by

Imām Najmuddīn Ibn al-Rifᶜah

Edited by

Dr. Majdi Muḥammad Surūr Bāsallūm

Volume XVIII

دار الكتب العلمية
Dar Al-Kotob Al-ilmiyah
DKI
أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban